NOUVELLE
REVUE HISTORIQUE
DE
DROIT FRANÇAIS ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

A. ESMEIN
Membre de l'Institut,
Professeur
à la Faculté de droit de Paris,
Président de section à l'École
pratique des Hautes Études

G. APPERT
Docteur en droit

J. TARDIF
Docteur en droit,
Archiviste Paléographe

M. PROU
Membre de l'Institut,
Professeur
à l'École des Chartes

P. DARESTE
Docteur en droit

P. F. GIRARD
Professeur
à la Faculté de droit de Paris

SECRÉTAIRE DE LA RÉDACTION

Félix SENN
Professeur à la Faculté de droit de Nancy

TRENTE-SEPTIÈME ANNÉE

1913

Réimpression publiée avec l'accord des Editions SIREY.

SCHMIDT PERIODICALS GMBH

D-8201 Bad Feilnbach 2/W. Germany

1985

LA

MEDITATIO DE PACTIS NUDIS

(Μελέτη περὶ ψιλῶν συμφώνων)

I

INTRODUCTION

« Nihil est inutile in jure et, si mihi creditis, omnia vobis perscrutanda, pertentanda, pernoscenda sunt, si non velitis esse jurisconsulti de populo ».
Cujas, sur le titre XI du livre VIII du Code de Justinien.

La Méditation sur les pactes nus se trouve dans le manuscrit de Venise (*Codex Marcianus*), gr. nº 179, et dans le manuscrit de Montpellier (*Codex Montispessulanus*), H, 73.

Le *Codex Marcianus*, gr. 179, est trop célèbre pour qu'il soit nécessaire d'en parler ici longuement. Il suffira de renvoyer : 1° aux catalogues rédigés en 1740 par le custode A.-M. Zanetti et le docteur Buongiovanni (1), et en 1803 par le custode Jacques Morelli (2); 2º à la description de Bluhme insérée dans l'histoire des Novelles de Justinien de Biener (3); 3º aux indications fournies

(1) *Graeca D. Marci bibliotheca codicum manuscriptorum per titulos digesta. Praeside et moderatore Laurentio Theupolo, equite ac D. Marci proc. 1740*, in-fº.

(2) *Jacobi Morellii biblioth. D. Marci custodis bibliotheca manuscripta graeca et latina*, I, 1802, in-8º, p. 103.

(3) *Geschichte der Novellen Justinian's*, Berlin, 1824, p. 617-621.

par Zachariae von Lingenthal dans la préface de son édition des Novelles (1) et par Kroll dans l'édition des Novelles entreprise par R. Schoell pour l'édition stéréotypée du *Corpus juris civilis* de la librairie Weidmann (2). Retenons seulement de ces descriptions répétées que le *Codex Marcianus*, gr. 179, est en parchemin, qu'il paraît être l'œuvre de plusieurs copistes (3) dont l'écriture se ressemble, mais dont l'orthographe, la façon d'abréger et aussi l'habileté professionnelle diffèrent. On admet généralement que notre manuscrit est la reproduction d'un archétype non antérieur au milieu du XI^e^ siècle (4). Il aurait été écrit soit à Constantinople, soit en Calabre, à la fin du XII^e^ siècle ou au début du XIII^e^ siècle (5). On lit, en effet, au *verso* de la feuille de garde, que le *Codex Venetus* a appartenu au grand juge Synator Maleïnus qui en fit don au monastère *del Patir* (6), c'est-à-dire à la célèbre abbaye grecque fondée près de Rossano

(1) *Imp. Justiniani P. P. A. novellae quae vocantur sive constitutiones quae extra codicem supersunt ordine chronologico digestae, graecis ad fidem Codicis Veneti castigatis*, Leipzig, 1881. Il faut y joindre l'*Appendix ad editionem novellarum Justiniani ordine chronologico digestarum* que Zachariae von Lingenthal publia en 1884 pour fêter l'anniversaire du jour où, cinquante ans auparavant, il était devenu docteur *in utroque jure*, et un second appendice paru en 1891 contenant une nouvelle édition de la *lex de dioecesi aegyptica* (édit XIII) avec traduction latine.

(2) *Novellae, recognovit Rudolfus Schoell, opus Schoelii morte interceptum absolvit* Guilelmus Kroll, Berlin, 1904.

(3) Bluhme (cf Biener, *op. cit.*, p. 617), pensait, bien à tort, le contraire. L'erreur de Bluhme est répétée dans les *Exempla Codicum graecorum* de G. Wattenbach et A. von Velsen, Heidelberg, 1878, où se trouve reproduit le folio 163^a^ du *Codex Venetus*. Cf. Zachariae, *Praef.*, p. VII; *Appendix*, p. 10.

(4) V. Zachariae, *Praefat. Nov.*, p. IX.

(5) Cf. Zachariae, *Appendix ad edit. Nov. Just.*, p. 9.

(6) Ἀφιερώθη παρὰ τοῦ μεγάλου κριτοῦ κυροῦ συνατῶρος τοῦ μαλένου ἐν τῇ ἁγίᾳ καὶ μεγάλῃ μονῇ τοῦ πατρὸς βιβλία διάφορα, ἐν πρώτοις ὁ ἀπόστολος..... καὶ ὁ νομοκάνων ὁ ἑρμηνευθεὶς παρὰ νικολάου δοξαπατρίου, καὶ τὸ μέγα βιβλίον τὸ νόμιμον αἱ νεαραὶ αἱ τῶν νόμων ἐπανορθώσεις παρὰ λέοντος τοῦ μεγάλου βασιλέως καὶ τοῦ μακαρίου ἰουστινιανοῦ οἱ ἐπανομαζόμενοι αὐθεντικοί, σὺν τούτοις καὶ τὰ ἴδικτα τούτου.

en Calabre, par saint Barthélemy (1), à la fin du XI[e] siècle. Or, la famille des Maleïni est très connue, elle a fourni à l'empire grec de nombreux fonctionnaires, et notamment l'illustre magister Eustathe Romain (2). Elle était originaire de Rossano. « Les Maleïni, écrit M. Battifol (3), exerçaient dans chaque *castro* une sorte de patronat héréditaire ». Lors de la fondation du monastère *del Patir*, un Nicolas Maleïnus était archevêque de Rossano et fit tout ce qu'il put pour mettre la main sur le monastère (4). En 1167, un diacre Michel Maleïnus souscrit un acte de donation fait par un autre archevêque de Rossano, Jean, à l'abbaye Saint-Jean de Calovito (5). En 1189, un Synator Maleïnus souscrit, comme témoin, l'*apographum* d'une bulle d'or donnée par le roi Roger en faveur du monastère *del Patir* l'an 6638 de la création du monde, indiction 8, et l'an 1130 de l'Incarnation : Συνάτωρ Μαλένος..... τῷ κατὰ πάντα ἰσοδυνάμῳ ὑπέγραψεν (6). Il est à croire, avec Zachariae von Lingenthal, que le Synator Maleïnus dont il est ici question s'identifie avec le grand juge de Calabre, donateur du *Codex Venetus*. G. Kroll commet une confusion quand il écrit que ce Synator Maleïnus est plus récent que celui qui a souscrit le diplôme de 1130 (7). Le moyen de parler

(1) Et non pas saint Nil, comme l'affirmait Montfaucon, *Palaeographia Graeca sive de ortu et progressu literarum graecarum*, etc., Paris, 1708, p. 384, et Zachariae, *op. cit.*, p. VIII, n. 3. Cf. Battifol, *L'abbaye de Rossano*, Paris, 1891, p. 2. Le nom complet du monastère de Rossano était : μονὴ τῆς ἀχράντου θεοτόκου καὶ νέας ὁδηγητρίας τοῦ πατρός.

(2) Cf. H. Monnier, *La Novelle 50 de Léon le Sage*, Paris, 1912, p. 33, n. 6.

(3) *Op. cit.*, p. XI. Cf. Trinchera, *Syllabus Graecarum membranarum*, Naples, 1865, p. 73, 141, 152, 226, 268, 287.

(4) Le monastere échappa aux prises de l'archevêque, parce qu'il reçut du pape Pascal II le privilège de l'*immédiateté*. Cf. Battifol, *op. cit.*, p. 60 *in fine*.

(5) Cf. Battifol, *op. cit.*, p. XXXI.

(6) Le texte est donné par Montfaucon, *Palaeographia graeca*, p. 397, d'après la copie qui est aux archives de saint Basile à Rome, et par Trinchera, *op. cit.*, p. 138, d'après une copie des archives de Naples.

(7) Préface à l'édition des Novelles de Schoell, p. VIII, n. 2 : Recentior

des souscripteurs de l'acte de 1130? Nous n'avons pas cet acte et, par conséquent, nous ignorons le nom de ceux qui l'ont souscrit. Nous en connaissons seulement la teneur par l'*apographum* de 1189 et nous avons seulement les noms de ceux qui ont souscrit l'*apographum* pour en certifier l'exactitude : d'abord Cosmas, humble moine et archevêque de Rossano, et à la fin Synator Maleïnus (1).

Au XV[e] siècle, le *Codex Venetus* devint la propriété d'un savant célèbre en son temps, le cardinal Bessarion (2). On peut indiquer en quelle année. En effet, une note de la main de Bessarion écrite sur le *Codex*, à la suite de celle qui signale le don de Synator Maleïnus à l'abbaye de Rossano, donne les renseignements suivants : *Leonis Novellarum* τόπος νά. αἱ νεαραὶ τοῦ ἰουστινιανοῦ καὶ ἄλλων βασιλέων. κτῆμα βησσαρίωνος καρδηνάλεως νικαίας τοῦ των σαβίνων. *Locus 51. Authentice liber b. car. niceni epi. Sabineñ*... Or, Bessarion, métropolite de Nicée en 1436, cardinal-prêtre des Saints Apôtres en 1439, fut créé, le

quam συνάτωρ Μαλένος is qui diplomati anni 1130 subscripsit (Trinchera, *Syllab. graec. membr.*, 141; Montfaucon, *Palaeogra.*, 401).

(1) Il y a au Vatican nº 2019 un manuscrit en parchemin 166 ff. venant de l'abbaye *del Patir* et contenant notamment un épitome des canons avec le commentaire d'Aristène, mais attribué à Doxapater. On y lit, en marge du folio 155, la note suivante : κατὰ τὸν ἀπριλλ. μῆνα εἰς τ. ιή τῆ ἁγ. καὶ μεγαλ. τρίτ. ὥρα θ′ ἰνδ. ζ′. ἔτ., ϛψμβ′ (c'est-à-dire l'an 1232 de l'ère chrétienne) ἐγεννήθ. ἡ θυγάτηρ ἐμοῦ σινάτορος τῆς κριτ.... κατὰ τοῦ σεπτρ. μῆνα εἰς τ. ιή ἡμερ. τρίτ., πρὸ ἑσπέρ. ινδ. θ′ ἔτ. ͵ϛψμδ′ (c'est-à-dire 1234 p. Ch.). ἡ σύζυγο. ἐμοῦ σιν. τ. ρο. τῆς κρι[τν]..... ἐγέννησε παιδίον δεύτερον ἄρεν.... On pourrait soutenir — Montfaucon l'a fait, *Palaeographia graeca*, p. 62 sq., 301 sq. — que le Synator qui nous donne tant de détails de famille est le Synator Maleïnus dont il est question au texte, mais pour écarter cette manière de voir, il y a une raison, à mon sens, décisive. Au folio 165 du *Codex Vaticanus*, on lit, écrits d'une grosse écriture du XVI[e] siècle, les mots : βιβλίον λεγόμενον χρονικὸν ἔχον καὶ τὸν νομοκάνονον ἀφιέρωσις τοῦ ραββ. Donc, les deux *Codices* le *Venetus* et le *Vaticanus* viennent bien de l'abbaye de Rossano, mais celui-ci est un don de Rabd..... et celui-là un don de Synator Maleïnus.

(2) On lit dans l'*Ecthesis cronica*, 7, 18 (édit. Lambros, Londres, 1902) : ὁ γὰρ βησσαρίων ἦν πολὺς ἐν τῷ λέγειν καὶ ἄκρος φιλόσοφος.

5 mars 1449, par le pape Nicolas V, évêque de Sabine, et puis, le 2 mai suivant, il devint évêque de Tusculum (1). C'est donc entre le 5 mars et le 2 mai que Bessarion acquit le *Codex Venetus*. Il tombe sous le sens que si Bessarion avait été, au moment de l'acquisition, déjà évêque de Tusculum, il l'eût dit, et cela à cause de l'importance du siège de Tusculum qui faisait considérer son titulaire comme un des sept collatéraux du pape et lui donnait « la sixième place aux offices célébrés en présence du pontife, dans la grande basilique de Saint-Jean de Latran » (2). Vingt ans après, le manuscrit changea encore de propriétaire. Bessarion, en effet, avait d'abord donné, sous réserve d'usufruit viager, ses manuscrits grecs au monastère vénitien de Saint-Georges majeur. Devenu patricien de Venise et inscrit au Livre d'or, il se fit autoriser par bref de Paul II (3) à révoquer la donation à Saint-Georges pour attribuer définitivement toute sa bibliothèque à la République de Venise (4). Par avance, le Sénat accepta, le 23 mars 1468, la donation qui fut faite seulement le 31 mai. La bibliothèque de Bessarion prenait le nom de bibliothèque de Saint-Marc. Elle s'augmenta de tous les manuscrits et imprimés que Bessarion acheta jusqu'à sa mort, survenue

(1) Cf. H. Vast, *Le cardinal Bessarion*, Paris, 1878, p. 50 et 173. — U. Chevalier, *Répertoire des sources historiques du Moyen âge. Biobibliographie*, v° BESSARION (Paris, 1905) donne des dates un peu différentes.

(2) Vast, *op. cit.*, p. 173.

(3) Ce bref, écrit M. Vast, *op. cit.*, p. 372, existe en manuscrit à Venise, aux archives des Frari, *Memoriale*, t. XVI, f° 5, et à Saint-Marc, LXIV, 14, f° 4-9.

(4) Il faut lire, dans la *Patrologie grecque* de Migne, CLXI, p. 700-702, l'admirable lettre par laquelle Bessarion annonce sa décision au doge et au Sénat de Venise. En voici quelques extraits : Equidem semper a tenera puerilique aetate omnem meum laborem, omnemque operam studium curamque adhibui, ut quoscunque possem libros in omni disciplinarum genere compararem..... Nullam enim magis dignam atque praeclaram supellectilem, nullum utiliorem praestantioremque thesaurum parare mihi existimabam. Vocibus pleni, pleni antiquitatis exemplis, pleni moribus, pleni legibus, pleni religione vivunt, conversantur, loquuntur nobiscum. Docent nos, instituunt, con-

en 1472. Les livres du cardinal, d'abord placés dans les combles de Saint-Marc, furent mal logés, mal surveillés, mal entretenus. On en prêta beaucoup qui ne furent jamais rendus. C'est seulement en 1536 que la République se décida à charger Sansovino de construire un bâtiment approprié. L'édifice fut achevé en 1553. En 1574, on y transporta les livres de Bessarion. Ils y sont toujours.

Le *Codex Marcianus* 179 contient les pièces suivantes :

Sur le feuillet précédant le folio 1, une table des vingt-cinq premières Novelles de Léon. Suivent f° 1 r°-62 v° les cent douze Novelles de Léon. Aussitôt après, f° 62 r°-67 v°, la *Meditatio* présentée comme une Novelle de Léon et que suit la subscription : τέλος τῶν διορθωτικῶν τῶν νόμων ἀνακαθάρσεων. Au feuillet 67 v°, après sept lignes vides, commence un nouvel index des constitutions insérées. On y trouve énumérées successivement : la constitution de Zénon περὶ καινοτομιῶν (1), les Novelles

solantur..... Tanta est eorum potestas, tanta dignitas, tanta majestas, tantum denique numen, ut, nisi libri forent, rudes omnes essemus et indocti; nullam fere praeteritarum rerum memoriam, nullum exemplum, nullam denique nec humanarum nec divinarum rerum cognitionem haberemus..... Caeterum cum hoc saepe mente repeterem, parum desiderio meo satisfecisse videbar, nisi pariter providerem, ut libri, quos tanto studio et labore coegerim, me vivo ita collocarentur, ut etiam defuncto dissipari aut alienari non possent...... Hoc igitur cogitanti mihi..... sola vestra inclyta atque amplissima civitas occurrit in qua animus meus omni ex parte conquiesceret..... Quapropter et donationem ipsam et pontificis maximi decretum et librorum indicem ad vestras excellentias mittimus, precantes Deum ut reipublicae vestrae omnia bene feliciter, prospereque eveniant et pacem habeat, tranquillitatem, otium concordiamque perpetuam. Valeant excellentiae vestrae feliciter. — Viterbii, IV, non. Maias.

(1) Il s'agit de la célèbre loi 12, C. J., VIII, 10, *De aedificiis privatis*. Cf. Biener, *Gesch. der novellen*, p. 335, 401, 551, etc.; Witte, *Die leges restitutae des Just. Codex*, Breslau, 1830, p. 207; Biener, *Beiträge zur Revision des Just. Codex*, Berlin, 1833, p. 133-165; Zachariae, *Prochiron impp. Basilii, Constantini, Leonis*, Heidelberg, 1837, p. 318; Dirksen, *Das Polizei-Gesetz des kaisers Zeno*, etc., Berlin, 1844; Voigt, *Römische Baugesetze*, dans les *Berichte der k. Sächs. Gesselchaft der Wissenschaft*, Leipzig, 1903, p. 175 et s.

de Justinien (1), les treize édits de Justinien, cinq Novelles de Justin, six Novelles de Tibère, cinq τύποι de Tibère, trente-neuf édits de préfets du prétoire (2), deux édits de Maurice (3), les ordonnances d'Irène sur le serment (4) et sur les troisièmes noces (5), la constitution de Léon et Constantin relative aux parents qui tiennent leurs enfants sur les fonts baptismaux (6). Viennent ensuite les textes mèmes, c'est à savoir la Constitution de Zénon περὶ καινοτομιῶν, les Novelles de Justinien jusqu'au f° 391 v°. Après la Novelle 162, une scholie avertit que les Novelles 163 et 164 ne sont pas rapportées là, étant les cinquième et deuxième de Tibère, ni la Novelle 165, parce qu'on ne l'a pas trouvée, ni les Novelles 166, 167, 168, parce que ce sont des édits de préfets du prétoire (7). Le texte des treize édits suit, du f° 391 r° au f° 410 v°. Ensuite on trouve cinq Novelles de Justin qui sont les Novelles 148, 140, 149, 144 de la collection des 168 Novelles et, comme troisième Novelle, la Constitution publiée pour la première fois par Scrimger sur les noces illicites contractées en Mésopotamie et Osroêne (8), et

(1) Kroll décrit ainsi la fin du folio 67 v° : « Index novus : διατάξεις ζήνωνος βασιλέως περὶ καινοτομιῶν. περὶ τοῦ μὴ ἐπιλέγεσθαι κ. τ. λ. ». Cela n'est pas tout à fait exact. Nous avons sous les yeux la photographie de la page 67 v°. A la suite de la Novelle de Zénon est indiquée la Novelle 1 de Justinien : περὶ τοῦ φαλκιδίου, et seulement après la Novelle 1 la Novelle 2 : περὶ τοῦ μὴ ἐπιλέγεσθαι.

(2) L'*Index collectionis* τῶν ὑπαρχικῶν τύπων *ex Codice Marciano*, 179, a été publié par Zachariae von Lingenthal dans ses *Anecdota*, p. 258-261.

(3) Zachariae, *J. G. R.*, III, coll. I, Nov. 19 et 20.

(4) Zachariae, *J. G. R.*, III, coll. I, Nov. 27. Cf. H. Monnier, *La Novelle 50 de Léon le Sage*, Paris, 1912 p. 10 sqq.

(5) Zachariae, *J. G. R.*, III, coll. I, Nov. 28.

(6) Zachariae, *J. G. R.*, III, coll. I, Nov. 26.

(7) Voici le texte de la scholie : ἡ ρξγ' οὐκ ἐγράφη ὧδε ὡς οὖσα ε' τιβερίου, ἣν καὶ εὑρήσεις γεγραμμένην. ὡσαύτως καὶ ἡ ρξδ' ὡς οὖσα β' τιβερίου, ἣν καὶ εὑρήσεις γεγραμμένην. ἡ δὲ ρξε' οὐχ εὑρέθη. ἡ δὲ ρξς' ἔστι τύπος ά τῶν ἐπαρχικῶν. ἡ δὲ ρξζ' ἔστι τύπος κδ' τῶν ἐπαρχικῶν. ἡ ρξη' ἔστι τύπος β' τῶν ἐπαρχικῶν.

(8) Cf. Zachariae, *J. G. R.*, III, coll. I, Nov. 3.

enfin la Novelle de Tibère II *de divinis domibus*, qui se termine avec le f° 445 r° (1). Le reste du manuscrit manque et, par conséquent, manquent aussi les autres textes annoncés dans l'index.

Venons au manuscrit de Montpellier.

Tandis que nous avons dû nous contenter, pour le *Codex Marcianus*, d'une reproduction photographique des feuillets contenant la *Meditatio*, nous avons eu en mains le *Codex Montispessulanus*, H. 73, et nous avons pu faire de ce beau manuscrit une collation minutieuse. Comme le *Codex Montispessulanus* est beaucoup moins connu que le *Codex Venetus*, il ne paraîtra peut-être pas superflu de le décrire avec soin. Notre description corrigera et complétera les descriptions inexactes et sommaires de Mortreuil (2), de Zachariae von Lingenthal (3) et de Hase (4).

Le *Codex Montispessulanus*, H. 73, appartient à la bibliothèque de la Faculté de médecine de Montpellier. Il contient exclusivement les Novelles de Léon le Philosophe et la Méditation sur les pactes nus. Le manuscrit est sur beau papier oriental lissé, *in-folio*. Comme l'indique une note écrite *in fine*, le 18 mars 1835, par le bibliothécaire Kuehnholtz, il se compose de quatre-vingt-un feuillets exactement numérotés. Hase (5), sans doute influencé par ce qu'avait écrit, en 1830, Haenel dans le *Catalogus librorum manuscriptorum Galliae, Belgiae* (6)...., faisait remonter à la fin du xv^{e} siècle la rédaction du *Codex* de Montpellier. Mais la date donnée par Haenel dans le *Catalogus* était probablement le ré-

(1) V. Zachariae, *J. G. R.*, III, coll. I, Nov. 12. Cf. Bas., VII, 11, 1.

(2) *Histoire du droit byzantin*, Paris, 1847, II, p. 300; I, p. 36.

(3) *Historiae juris graeco-romani delineatio*, Heidelberg, 1839, p. 51, n. 2.

(4) *Catalogue général des manuscrits des bibliothèques des départements*, série in-4°, t. I, Paris, 1849.

(5) V. *Catalogue général*, I, p. VIII et p. 312.

(6) Leipzig, 1830, in-4°, p. 239.

sultat d'un moment de distraction ou d'une erreur typographique. En effet, en 1829 (1), un an auparavant, Haenel, corrigeant minutieusement des notes, déjà publiées en 1818 (2), sur les manuscrits de droit romain contenus dans les bibliothèques françaises, fixait au XVI[e] siècle l'époque de rédaction de notre manuscrit. Comme il n'y a plus là-dessus de contestation, nous jugeons inutile d'insister.

Les quatre-vingt-un feuillets numérotés du *Codex* de Montpellier sont précédés de quatre feuillets non numérotés. Sur le premier de ces quatre feuillets, on lit le n° 977 (3), et un peu plus bas la notice suivante, probablement de la fin du XVII[e] siècle : « Leo imperator Constantinopolitanus, hujus nominis Sextus, cognomento Sapiens, Basilii imperatoris filius, anno 866 creatus et anno 899 decedens ex hac vita undecimo Julii sive, ut alibi legitur, Maii. Scripta reliquit centum et tredecim Novellas constitutiones diversorum argumentorum ad res vel personas etiam ecclesiasticas pertinentes. Voluit enim (ait cordate Baronius) imitari Justinianum, ut, pro arbitrio, sicut de profanis ita de sacris aeque decerneret, sibi sumens quod summorum pontificum est. Haec Possevinus Jesuita, pag. 15, apparatus sacri T. 2, p. 15 (4). Sed verius pronuntiavit Jesus Christus Salvator

(1) V. *Themis*, IX, p. 154.
(2) V. *Themis*, VIII, p. 209-222.
(3) Et non pas 997 comme l'écrit Hase.
(4) Le Possevin dont il est ici question est Antonio Possevino, né à Mantoue en 1534, mort à Ferrare en 1611. Possevin fut mêlé à quelques-unes des plus importantes négociations de son temps, notamment à celles qui amenèrent la conversion d'Henri IV. Au milieu de la vie la plus active, Possevin trouva le moyen d'écrire un grand nombre d'ouvrages d'une grande érudition, notamment l'*Apparatus sacer* dont le premier volume parut à Venise en 1603 et les deux autres en 1606. Le titre complet est celui-ci : *Apparatus sacer ad scriptores veteris et novi testamenti, eorum interpretes, synodos et Patres latinos ac graecos, horum versiones, theologos scholasticos quique contra haereticos egerunt, chronographos et historicos ecclesiasticos, eos qui casus conscientiae explicarunt, alios qui canonicum jus sunt interpretati, poetas sacros, libros pios quocumque*

noster apud Evangelistas : Regnum meum non est de mundo. Reddite quae sunt Caesaris, Caesari, etc... ». Le second et le troisième feuillets non numérotés sont blancs. Sur le quatrième, au *recto*, en haut, le président Bouhier a écrit en majuscules inclinées : *Leonis VI imperatoris Constantinopolitani constitutiones Novellae CXIII | Item anonymi* μελέτη περὶ τῶν ψιλῶν συμφώνων | *seu exercitatio de nudis pactis*. Et au bas du feuillet : *Codex* M. S. | *bibliothecae Buherianae*. B. 149. MDCCXXVII.

Ajoutons encore qu'on trouve, après les quatre-vingt-un feuillets numérotés, quatre feuillets blancs sans numéros.

Le manuscrit est protégé par une couverture en parchemin, jaune et flexible, sur laquelle se voient les trous pratiqués pour l'introduction des rubans de fermeture. Au dos de la couverture on lit : *Leonis Novell. gr. anonymi de nudis pactis gr. M. S. B. 149. Leon. Constitutiones gr. A. 250.* Au plat intérieur, il a été collé un carré de papier où sont gravées les armes suivantes : A la croix dentelée d'or chargée en cœur d'une étoile d'argent et cantonnée de quatre paons d'or rouants. Ces armes, il est bon de le noter, ne sont pas celles du président Bouhier.

Si maintenant nous examinons l'intérieur du manuscrit, nous constatons ceci : Le feuillet 40 *verso*, le feuillet 42 *recto* et *verso*, le feuillet 43 *recto* sont restés blancs. Entre les feuillets 36 et 37, deux feuillets ont été coupés. Un autre feuillet a été enlevé entre les feuillets 50 et 51 (1). A quelle époque remonte cette suppression? On ne sait. Mais comme le numérotage est régulier, il est

idiomate conscriptos. Pour les autres ouvrages de Possevin, on consultera Nicéron, *Mémoires pour servir à l'histoire des hommes illustres*, Paris, 1733, t. XXII, p. 216 à 233.

(1) Ajoutons encore que l'écriture ne paraît pas être toujours de la même main. Il y a eu, semble-t-il, deux copistes, mais, *brevitatis causa*, nous dirons : le copiste.

clair que les trois feuillets dont il vient d'être question étaient déjà détachés, quand après les cahiers assemblés pour la formation du *Codex*, on procéda au numérotage.

En tête du premier feuillet, avant le *proemium* des Novelles de Léon, on a dessiné une vignette en rouge sur fond noir. En tête du second feuillet, nouvelle vignette en rouge. Pour chaque Novelle, l'*inscriptio*, la rubrique et la scholie, ou les deux rubriques, sont également en rouge. Parfois, en effet, on trouve deux rubriques, le plus souvent une rubrique et une scholie. Inscriptions, rubriques et scholies (dites de Zwichem et Meerman) (1) sont généralement telles qu'on les trouve dans l'édition des Novelles de Léon donnée par Zachariae au tome III du *Jus graeco-romanum*. En rouge

(1) Il s'agit des scholies contenues dans l'*Apographum Viglii Zwichemi* et dans le *Codex Meermanni III*. Un des mérites de l'édition des Novelles de Spangenberg, *Gottingae*, 1797, est le soin avec lequel on y a enfin tenu compte desdites scholies. Le *Codex* de Zwichem remonte à 1533. Zwichem a raconté (V. le Théophile de Reitz, *Hagae comitis*, 1751, p. 1132), avec force épithètes laudatives à l'adresse d'Erasme, de Bembo, d'Egnatius, comment, étant à Padoue en 1533, on lui communiqua des manuscrits de la *Marciana*. C'est alors qu'il copia, sur le *Venetus*, notamment les Novelles de Léon. Le *Codex Meermanni III* contient à peu près les mêmes textes que l'*Apographum* de V. Zwichem. Dans la préface de son édition du Code de Justinien, Spangenberg explique que, ayant achevé à peu près la préparation de cette édition et songeant à celle des Novelles, il reçut un avis qui le consterna. Gérard Meerman avait prêté à Gebauer quatre manuscrits grecs : les *Meermanniani*, I, II, III, et le *Codex Zwichemi* (*manuscripta comitabatur veluti bonae frugi mantissa, antiqui Codicis exemplum, manu Viglii Zwichemi cum Patavii profiteretur, anno 1533, plurimam partem descriptum*). On avait compté, pour dépouiller les manuscrits, sur un certain Bern. Koehler qui fit faux bond, puis sur Lueder Kulenkampf qui garda les manuscrits pendant plus de trois ans et les rendit brusquement sans y avoir touché, *ut ne γρύ quidem ex omnibus illis litteratis copiis inspectum, collatum, aut consultum videretur*. L'illustre Heyne conseilla alors à Spangenberg de s'adresser à un jeune érudit, A.-Henri Matthias, qui mena le travail à bonne fin et, la collation faite, renvoya les manuscrits à Meerman avant que Spangenberg eût eu le temps de les examiner. *Le Codex Meermannianus III* parait bien être le *Cod.* 184 = *Cod. Phillippicus*, 1502, aujourd'hui à Berlin. V. G. Studemund et Leop. Cohn, *Codices ex bibliotheca Meermanniana Phillippici graeci*, Berlin, 1890, 95, p. 39.

aussi est le mot διατάξις et aussi le mot νεαρὰ plus fréquemment employé, surtout vers la fin. En rouge encore la lettre ornée initiale, qui est souvent d'un dessin fort soigné et d'une forme élégante.

Les quatre premières Novelles de Léon portent les numéros qu'on leur donne dans toutes les éditions. Arrivé à la Novelle V, le copiste se trompe, il écrit διατάξις ϛ΄ au lieu de διατάξις ε΄. En conséquence, les numéros des novelles subséquentes sont augmentés d'une unité et cela jusqu'à la Novelle 12 qui devient la Novelle 13 du *Codex*. On remarquera, en passant, sur la Novelle 10 (*nobis* 11), que la rubrique manque. Quant à la scholie de Zwichem et Meerman que donne Zachariae (1), notre copiste l'a écrite en marge du feuillet 9 *recto* à l'encre rouge, mais en oubliant les deux derniers mots : τινὰ καταλεγέντος. La rubrique de la Novelle 12 (*nobis* 13) manque aussi. La Novelle sur les emphytéoses perpétuelles porte dans notre *Codex* le même numéro que la Novelle précédente : περὶ τῆς τῶν ἐργαστηρίων χρείας τῆς μεγάλης ἐκκλησίας. C'est donc encore une Novelle 13 et, par conséquent, le numérotage ordinaire est désormais repris.

On notera que la rubrique περὶ τῶν διηνεκῶν ἐμφυτεύσεων manque. La rubrique manque aussi pour les Novelles 16 et 17. La rubrique de la Novelle 18 est en marge. La Novelle 21 est numérotée 22 comme la Novelle suivante. Elle a comme rubrique et comme scholie la rubrique et la scholie de la Novelle 22. Toutefois, une note marginale en noir rectifie la double erreur. La Novelle 24 n'a pas de rubrique. La fin de la scholie sur la Novelle 31 (2) a été rejetée à la marge, la place manquant au copiste, d'où la vraisemblable conjecture que les scholies en rouge ont été écrites une fois terminée la copie du texte en noir. En écrivant la rubrique de la Novelle 33, le

(1) *J. G. R.*, III, p. 82, n. 7.
(2) Cf. *J. G. R.*, III, p. 115, n. 2.

copiste se trompe et écrit γυκαῖκας, mais il se corrige en écrivant au-dessus du mot mal copié le mot véritable : γαμετάς. La Novelle 35 n'a pas de rubrique. Sur la Novelle 36 on ne trouve pas la scholie de Zwichem et Meerman (1). La rubrique de la Novelle 40 est incomplètement rapportée. On y lit seulement les mots : περὶ τοῦ μὴ εἰσκομίζεσθαι τοὺς οἰκέτας τῶν ἀδιαθέτων καὶ τῶν κληρονομησάντων τελευτώντων. Il est d'ailleurs certain qu'il faut corriger, comme fait Zachariae, κληρονομησάντων et lire ἀκληρονομήτων (2). La scholie de Zwichem et Meerman sur la Novelle 46 (3) est omise. La scholie sur la Novelle 47 est incomplètement reproduite, il y manque les mots ἀνάγ. τοῦ (4). De la Novelle 48, notre Codex ne donne aucune scholie. Il donne seulement l'*inscriptio*. Le texte même jusqu'aux mots καὶ τοῦτο δὴ n'est pas reproduit. La moitié inférieure de la page 36 v° est restée blanche. Au feuillet 37 se trouve la fin de la Novelle 48 écrite, semble-t-il, par une autre main. La Novelle 54 est reproduite au feuillet 40, mais seulement jusqu'au mot πνεύματι. Le reste de la Novelle manque (5). Le feuillet 40 *verso* est blanc. La fin de la Novelle 56, depuis les mots ἀπολαύειν ὠφελείας manque aussi. Manquent encore les Novelles 57, 58, 59, ainsi que le début de la Novelle 60, jusqu'aux mots : ὅπως δέον εἴπερ... (6). Cela tient à ce que le feuillet 47 *verso* et *recto* et le feuillet 43 *recto* sont restés blancs. — Dans le numéro de la Novelle 65, le chiffre des unités est illisible. C'est pourquoi, arrivé à la Novelle 66, le copiste bronche sur le numérotage, et au lieu d'écrire le numéro ξϛʹ, il reprend le numéro antérieur. On devine le résultat. Pour les Novelles qui vont suivre,

(1) V. *J. G. R.*, de Zach., III, p. 123, n. 2.
(2) *J. G. R.*, III, p. 128, n. 2.
(3) *J. G. R.*, III, p. 138, n. 1.
(4) *J. G. R.*, III, p. 139, n. 1.
(5) C'est-à-dire depuis les mots : ἐπεὶ οὖν τῷ... jusqu'à la fin. Cf. *J. G. R.*, III, p. 148.
(6) *J. G. R.*, III, p. 154, *in fine*.

tous les numéros, si l'on veut retrouver le numérotage véritable, doivent être augmentés d'une unité.

Dans la Novelle 68 (*vulgo* 69), notre Code donne comme rubrique : περὶ τοῦ διατίθεσθαι τυφλούς καὶ ἀγραμμάτους καὶ γυναῖκας, tandis que Zachariae (1) donne la rubrique de l'*Ecloga nov. Leonis* : περὶ τοῦ διατίθεσται τυφλοῖς καὶ ἀγραμμάτοις καὶ γυναιξίν. C'est également à l'*Ecloga nov. Leonis* que Zachariae (2) emprunte la rubrique qu'il attribue à la Novelle 69 (*vulgo* 70). Dans notre manuscrit, la rubrique est simplement περὶ ἐφόδων. De la scholie de Zwichem et Meerman, reproduite dans Zachariae, sur la Novelle 92 (*vulgo* 93) (3), on trouve seulement dans notre *Codex* les mots : ἐν τούτῳ πρῶτον. Point de rubrique à la Novelle 97 (*vulgo* 98). La Novelle 100 (*vulgo* 101) paraît jointe par les mots καὶ αὕτη à la Novelle précédente. Ces mots ont été ajoutés en marge, à droite, au-dessus de la ligne contenant la rubrique. On retrouve les mots καὶ αὕτη à la suite des rubriques dans les Novelles 101 (*vulgo* 102), 102 (*vulgo* 103), 109 (*vulgo* 110), 110 (*vulgo* 111), 111 (*vulgo* 113). Ils sont écrits avant la rubrique pour la Novelle 103 (*vulgo* 104). La scholie de Zwichem et Meerman renvoie au chapitre 12 des Basiliques, XXVIII, 12, et non, comme porte le texte de Zachariae (4), au chapitre 3. La rubrique de la Novelle 107 (*vulgo* 108), est donnée inexactement comme il suit : περὶ τοῦ μετὰ τὴν πρώτην δήλωσιν μὴ πρὸς τὸ κριτήριον ἀπαιτήσαντος. A la fin du texte, on lit une autre rubrique, en noir, et qu'on est tenté de confondre tout d'abord dans le texte : ὑπὲρ τοῦ (5) μὴ ἀπαντήσαντας λογίσασθαι, τοῦτο δέ ἐστιν, περὶ τουτὶ (6) μηνυθέντας τρίτον καὶ μὴ

(1) *J. G. R.*, III, p. 166.
(2) *Op. cit.*, p. 167.
(3) *Op. cit.*, p. 189, n. 2.
(4) *Op. cit.*, p. 207, n. 2.
(5) Supp. τοὺς.
(6) Lege : τοῦ τοὺς.

ἀπαντήσαντας εἰς κριτήριον εὐθύνεσθαι καὶ κατακρίνεσθαι. Il est visible que cette rubrique est une reproduction altérée de celle de l'*Ecloga* donnée par Zachariae (1). La rubrique de la Novelle 109 (*vulgo* 109) est écourtée, elle se compose de la simple phrase : περὶ τοῦ μὴ μνηστείαν συνίστασθαι ἔνδον τῶν ἑπτὰ ἐτῶν. Mais à la fin du texte on trouve, en noir, la rubrique complète, τοῦτο ὅλον περὶ του μὴ γίνεσθαι κ. τ. λ., avec, toutefois, δεκαετοῦς au lieu de τεσσαρεσκαιδεκαετοῦς, qui est la correction imposée par le texte même de la Novelle. Enfin, la scholie de Zwichem et Meerman sur la Novelle 112 (*vulgo* 113) est telle que l'a donnée Zachariae (2), sauf les mots évidemment fautifs : εἰσὶ δε ἐξώστωον δέκα qu'il faut lire : εἰς δὲ ἐξώστην δέκα.

Le texte qui suit la Novelle 112 (*vulgo* 113) est précisément la *Meditatio de nudis pactis*. Il commence à la troisième ligne du feuillet 74 *verso*. En marge, le président Bouhier a écrit : *Anonymi exercitatio de nudis contractibus seu pactis*, et une main qui n'est ni celle de Bouhier, ni celle de l'auteur du manuscrit, a ajouté les deux mots : ταῦτα ἀνέκδοτα. En comparant l'écriture inconnue avec celle d'Antoine Augustin, peut-être reconnaîtrait-on que l'annotation est de l'illustre archevêque de Tarragone. En tout cas, il est évident que les deux mots grecs ont été écrits avant 1596, époque de la publication de la *Meditatio* dans le *Jus graeco romanum* de Leunclavius et après 1558, époque de la publication des Novelles de Léon par Scrimger (3). Quand le président

(1) *J. G. R.*, III, p. 209, n. 1.
(2) *J. G. R.*, III, p. 219, n. 1.
(3) L'ouvrage (devenu très rare) de Scrimger, magnifiquement édité à Genève par H. Étienne, comprend : une épître dédicatoire à Fugger, une préface au lecteur, la table des Novelles de Justinien, la table des Édits de Justinien, les Novelles de Justinien, les Édits, cinq constitutions de Justin, les 113 Novelles de Léon, p. 429-508, la constitution de Zénon περὶ καινοτομιῶν, la Novelle de Tibère *De divinis domibus*, les *Castigationes* d'Étienne sur les Novelles de Léon, une table des Novelles de Justin et de Léon. — L'édition est faite, non d'après le *Codex Marcianus*, 179, mais

Bouhier devint propriétaire du manuscrit en 1727, il y avait longtemps que Marquardt Freher avait fait connaître la *Meditatio*. Et c'est pourquoi Bouhier éprouva le besoin de rectifier la petite note grecque, et il écrivit à la suite : *Imo edita fuit haec* μελέτη *a Joah. Leunclaw. cum latina versione juris graeco romani, tome II, p. 192, ex Franc. Pithou Codice.*

Il semble bien que les copistes du *Venetus* et du *Montispessulanus* ont pris la *Meditatio de nudis pactis* pour une dernière Novelle de Léon. A la vérité, on ne trouve plus employé ni le mot διατάξις, ni le mot νεαρὰ, mais, comme pour les Novelles de Léon, le copiste du *Codex Montispessulanus* a mis en rouge la rubrique et la lettre initiale, il a donné à la *Meditatio* le numéro 113 (1), et une fois la *Meditatio* copiée en entier, il a écrit la *suscriptio* : τέλος τῶν διορθωτικῶν τῶν νόμων ἀνακαθάρσεων, c'est-à-dire, fin des *leges correctoriae* de Léon. Le copiste du *Codex Venetus* a procédé de même, si ce n'est qu'il a hésité sur le numéro à donner à la *Meditatio*. Il a écrit d'abord ρβ', puis s'apercevant que ce numéro était déjà celui de la Novelle précédente, il a ajouté le chiffre 3 sans penser à effacer le chiffre 2, en sorte qu'on lit sur le *Venetus* comme rubrique : μελέτη περὶ ψιλῶν συμφώνων ριβ'γ', et à la fin du texte, la même souscription que dans le *Codex* de Montpellier : τέλος..... τῶν νόμων ἀνακαθάρσεων.

Il faut convenir que la méprise est un peu forte, mais le scribe du *Codex Venetus* est plus coupable que celui du *Codex Montispessulanus*. Celui-ci copie celui-là. Ce qu'on peut reprocher au scribe du *Codex* de Montpellier, c'est d'avoir copié avec trop de scrupules, et sans se croire autorisé à rien corriger. Quant au copiste du *Venetus*, peut-être pouvait-il s'excuser sur une erreur

d'après le *Codex Palatinus* (*Vaticanus*), 387, copie du *Codex Marcianus* laquelle était alors à Heidelberg.

(1) Feuillet 81 v° : ριγ'.

semblable commise dans l'archétype utilisé par lui. Peut-être aussi, pénétré de l'idée déjà traditionnelle au XIII[e] siècle que le recueil des Novelles de Léon contenait 113 Novelles, a-t-il voulu, à tout prix, retrouver le compte. Or, l'erreur commise dans le numérotage de la Novelle 66 avait eu, comme on l'a déjà expliqué, pour conséquence de donner à la dernière Novelle de Léon le numéro 112. Pour avoir les 113 Novelles, il ne restait au *librarius* d'autre ressource que d'englober la Méditation sur les pactes nus dans les *leges correctoriae* de Léon.

Le manuscrit de Montpellier est une copie fragmentaire du *Codex Venetus*. L'erreur commune de numérotage sur la Novelle 66 ne laisse aucun doute sur ce point, non plus que l'étude comparative du texte dans les deux *Codices*. On a déjà dit que le président Bouhier devint, en 1727, propriétaire du manuscrit de Montpellier. De qui Bouhier le tenait-il? Quelle est la série des propriétaires antérieurs? On ne sait. Si l'on parvenait à connaître le personnage dont le blason est reproduit au plat intérieur, on pourrait peut-être éclaircir le mystère des origines de notre manuscrit. En l'état, rien n'empêche de croire, avec Mortreuil (1), que le premier propriétaire fut Antoine Augustin. C'est lui qui aurait fait prendre copie sur le *Codex Venetus* des Novelles de Léon et de la Méditation sur les pactes nus et noté que celle-ci était encore inédite. L'index de la bibliothèque d'Antoine Augustin porte, en effet, mention d'un volume contenant les Novelles de Léon et un traité sur les conventions légitimes (ou nues) (2). On lit dans le catalogue,

(1) *Op. cit.*, II, p. [illegible].

(2) Cf. *Mantissa commutationum historiam novellarum constitutionum Leonis Sapientis..... illustrantium*, par C. F. Zepernick, p. 325, dans l'ouvrage de C. A. Beck, *De novellis Leonis*, Halle, 1779, p. 325. Ce catalogue in-4° fut imprimé en 1586 à Tarragonne, chez Philippe Mey : *Fernae memoriae viri Ant. Augustini archiepiscopi Tarraconensi*

sous le numéro 185, la note suivante : *Leonis imperatoris Constitutiones novellae correctoriae legum purgationes appellatae CXII et de legitimis sive apertis conventionibus. — Constantinopolit. ecclesiae metropoles et episcopatus subjecti. — Fragmentum in charta litteris recentib. forma grandiori folii.* Si l'on admet que la *Dispositio thronorum* a été enlevée ou que le cahier qui la reproduisait a été perdu, on a la description d'un manuscrit dont le contenu et l'âge correspondent au contenu et à l'âge du manuscrit de Montpellier. Il est d'ailleurs hors de doute que le manuscrit d'Augustin était une copie du *Codex Marcianus*, gr. 179. Les lettres du prélat nous apprennent que deux copistes — dont l'un, Arlenius Peraxyle, était fort érudit, — lui firent des copies fragmentaires du manuscrit vénitien. La lettre à Mendoza de 1544 (1) signale, au nombre des textes copiés, la Constitution de Zénon à Adamantius, *De aedificiis privatis*, les treize édits de Justinien et quelques Novelles de Justin le Jeune et de Tibère. Il est légitime de croire que la curiosité d'Augustin ne s'en tint pas là et que l'illustre prélat fit plus tard copier, par ses copistes habituels, la partie du *Codex Marcianus* qui comprenait les Novelles de Léon et la Méditation sur les pactes nus. Pourquoi ne pas admettre que cette nouvelle copie fut précisément le *Codex* nº 185 du catalogue précité, devenu plus tard et après retranchement de la *Dispositio thronorum*, le *Codex Montispessulanus*, H, 73?

La *Meditatio* a été déjà publiée, mais une seule fois,

Bibliothecae graeca manuscripta, latina manuscripta, etc.... Il fut réimprimé dans les *Œuvres complètes* d'Antoine Augustin, publiées à Lucques, en 1772, t. VII, p. 29 sqq. — Du catalogue de 1586 devenu très rare, G. C. Gebauer fit un extrait, souvent cité, des manuscrits intéressant le droit : *Mantissa de libro rarissimo : bibliotheca Ant. Augustini Tarracon. antistitis*, qu'on trouve à la suite de la *Narratio de Henrico Brenckmanno* du même auteur, parue à Göttingue, 1764.

(1) Citée par Biener, *op. cit.*, p. 552 et 564.

en 1596, dans le *Jus graeco-romanum* de Leunclavius. Marquardt Freher, qui a fait paraître, trois ans après la mort de Loewenklau, l'édition du *Jus graeco-romanum* (1), ne nous a pas dit comment on s'était procuré le texte. Toutefois, un point est certain : il suffit, en effet, de comparer le texte de Leunclavius et celui de Venise pour acquérir la certitude que le premier texte vient directement du second. Cependant Loewenklau ne cite pas le *Codex Venetus*. Dans une note marginale, placée en tête de la *Meditatio*, il se borne à avertir que son texte vient de la bibliothèque de François Pithou : *ex Francisci Pithoei bibliotheca*. Dès lors, le problème nous apparaît double et se précise ainsi : — Quand F. Pithou avait-il pris ou fait prendre copie du *Venetus*? — Comment Loewenklau avait-il eu communication de cette pièce? Les moyens de recherches nous manquent pour donner à ces deux questions une réponse détaillée et définitive. Bornons-nous à remarquer ceci : Loewenklau a plus d'une fois utilisé la bibliothèque de François Pithou. Dans les *Novellae Constitutiones imperatorum decem* publiées à Bâle en 1575 à la suite de sa *Synopsis* (2), Leunclavius écrivait déjà à Thomas Rehdiger :

(1) *Juris Graeco-Romani tam canonici quam civilis tomi duo Johannis Leunclavii Amelburni, v. cl., studio ex variis Europae Asiaeque bibliothecis eruti, latineque redditi, nunc primum editi cura Marquardi Freheri J. C. cum ejusdem auctario chronologia juris ab excessu Justiniani ad amissam Constantinopolim et praefatione ad imp. Caes. Rudolphum II. P. F. P. P. A. Opus non solum Juris utriusque consultis, sed omnino divinarum humanarumque rerum studiosis; et tam Ecclesiasticae quam Politicae antiquitatis amatoribus, ob multiplicem utilitatem summe expetendum, cum gratia ex privilegio S. Caes. Majest. ad decennium. Francofurti, impensis heredum Petri Fischeri, DXCVI.*

(2) *LX librorum βασιλικῶν id est universi juris romani auctoritate principum Rom. Graecam in linguam traducti Ecloga sive synopsis hactenus desiderata nunc edita per Johan. Leunclavium ex Johan. Sambuci V. C. bibliotheca. Item novellarum antehac non publicatarum liber. Adjunctae sunt et adnotationes interpretis quibus multae leges multaque loca juris civilis restituuntur et emendantur.* Basileae, per Eusebium Episcopium et Nicolai Fr. heredes MDLXXV.

« Has ergo novellas opera mea collectas partim ex libro quodam Sambuci nostri V. C. (1) et optimi de nobis omnibus merentis, partim ex pervetusto Codice Francisci Pithoei, tam historiarum quam juris civilis cognitione praestantis viri, partim etiam de qualiquali meae bibliothecae thesauro... cur ad te, mi Redingere, mittere voluerim, causas certas et justas habeo ».

La preuve est donc faite que Leunclavius a eu, au moins deux fois, en mains, des manuscrits de F. Pithou.

C'est au cours de ses voyages que F. Pithou avait eu l'occasion de se procurer et les deux *Codices* dont il vient d'être question et la plupart des beaux manuscrits que contenait sa célèbre bibliothèque (2). De bonne heure, en effet, probablement à l'époque de la Saint-Barthélemy, F. Pithou avait, fuyant les guerres de religion, abandonné la France (3). Il n'y rentrera qu'en 1578 pour se convertir au catholicisme. Depuis 1576, il visite l'Allemagne, l'Italie, la Suisse. Amateur passionné de livres (4), on devine avec quelle docte joie il avait à Venise (5), pro-

(1) Jean Sambouc (1531-1584), historiographe de la maison de Habsbourg, fut aussi un grand acheteur de manuscrits.

(2) Sur F. Pithou, cf. Grosley, *Vie de Pierre Pithou avec quelques mémoires sur son pere et ses frères*, Paris, 1756, II, p. 106 sq.

(3) F. Pithou était né à Troyes, le 7 septembre 1543; il y mourut le 25 janvier 1621, âgé de soixante-dix-sept ans, quatre mois et dix-sept jours. Par son testament, F. Pithou ordonna de transformer sa maison de Troyes en un collège « sans que les Jésuites y soient aucunement reçus », et légua audit collège sa bibliothèque qu'une partie des livres et manuscrits de Pierre Pithou avait encore enrichie. Mais à la mort de F. Pithou, son neveu reçut en legs des « bahuts » remplis de livres; en outre, un commissaire du Roy, Pierre Dupuy, sous prétexte qu'il pouvait être resté aux mains de F. Pithou quelques-uns des titres qu'il avait tirés de la Chambre des comptes ou du Trésor des Chartes, mit les scellés sur les livres et emporta ce qu'il voulut; enfin, le reste fut très mal gardé par les Pères de l'Oratoire chargés de la direction du collège établi suivant la volonté de Pithou. Il ne faut donc pas s'étonner si Grosley, quand il dressa son catalogue (*op. cit.*, t. II, p. 275 sqq.), n'y trouva plus ni les manuscrits cités par Leunclavius, ni bien d'autres, par exemple, le célèbre manuscrit de Phèdre.

(4) On lit dans les *Scaligerana :* Messieurs Pithou sentent les bons livres de loin comme les chats une souris.

(5) En laissant la France, F. Pithou était allé d'abord à Heidelberg, puis

bablement guidé par son ami le sénateur Vincenzo Pinelli (1), examiné la collection donnée par Bessarion à la ville des doges. C'est alors, sans doute, qu'il prit ou fit prendre, sur le *Codex Venetus*, la copie dont s'est servi Leunclavius. Dire à quelle époque cette copie fut communiquée à Leunclave, c'est assez difficile. Il faudrait connaître les détails de la vie de Leunclave; or, ces détails sont mal connus, et Nicéron, ordinairement bien informé, avoue qu'il les ignore (2). On sait que Loewenklau naquit en 1533 à Amelburen, en Westphalie, *fuit westphalus, sed non barbarus,* écrivait Scaliger (3). Il professa au *Paedagogium* d'Heidelberg de 1562 à 1565, parcourut une partie de l'Europe, séjourna en Turquie, voyagea en Orient et mourut à Vienne en 1593, laissant à son ami Marquardt Freher le soin de publier son dernier ouvrage, le *Jus graeco-romanum* qui parut, en effet, en 1596 (4). Un des protecteurs de Leunclavius, le baron Lazare Swend, l'avait envoyé pendant deux ans à la cour d'Emmanuel Philibert, duc de Savoie. Peut-être est-ce à Turin que Leunclavius et F. Pithou se rencontrèrent, et que celui-ci fit à celui-là communication des manuscrits mentionnés plus haut.

à Augsburg, puis en Italie et notamment à Venise, puis à Bâle, où il publia en 1576 son édition de l'*Epitome novellarum* de Julien. Cf. Grosley, *op. cit.*, p. 108 et Haag, *La France protestante*, Paris, 1858, vº PITHOU.

(1) Parlant des découvertes que ses voyages lui avaient procurées, F. Pithou, dans la préface de l'*Epitome* disait : Quantulumcumque est quod in eo praestiti, hoc me acceptum referre par est viris amplissimis et ornatissimis, quorum benignitate ad librorum sacraria Venetiis et Augustae Vendelicorum mihi patuit aditus.

(2) V. *Op. cit.*, XXVI, p. 295 sqq. Même pénurie d'indications biographiques dans Fabricius, *Bibliotheca Graeca*, Hambourg, 1724, XII, p. 487 sqq.; XIII (1726), p. 808 sqq., et aussi dans Stinzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, München, 1880, p. 239, 443.

(3) Cité par Otto, *Trésor*, III, p. 56.

(4) V. *suprà*, p. 153, n. 1. Marquard Freher naquit à Augsburg, le 25 juillet 1565 et mourut le 13 mai 1614 à Heidelberg. Pendant son troisième professorat à Bourges, Cujas, de 1584-1587, le compta parmi ses élèves. Cf. Berriat-Saint-Prix, *Histoire du droit romain suivie d'une histoire de Cujas*, Paris, 1821, p. 578 et s.

Leunclavius a joint au texte de la *Meditatio* une traduction latine. Nous joignons au texte grec une traduction française. Est-il besoin de dire pourquoi? Les traductions latines servent peu. Celui qui ignore le grec ne se fait pas beaucoup de scrupules de comprendre mal le latin. En outre, aux endroits où le texte grec embarrasse, la traduction latine apporte un maigre secours. La phrase latine s'étend alors comme un voile opaque sur la pensée grecque subtile et nuancée. Une traduction française, au contraire, ne peut être obscure. Nous avons d'ailleurs fait effort pour que la nôtre fût fidèle et aussi proche que possible, par le tour et par l'expression, du texte original.

Observons encore que la *Meditatio de nudis pactis* se présente dans les manuscrits et dans le *Jus graeco-romanum* de Leunclavius sans division d'aucune sorte. C'est un bloc d'environ cinq cent cinquante lignes. Pour faciliter les recherches et les citations, nous avons jugé nécessaire de diviser d'abord le texte en une préface et huit titres, et ensuite d'introduire dans le *proemium* et dans chaque titre une division en paragraphes. On trouvera sans doute beaucoup d'arbitraire dans ces divisions successives, mais on ne contestera pas qu'elles ont l'avantage d'alléger la tâche de l'exégète et d'épargner le temps du lecteur.

Il n'est pas non plus inutile d'observer que nous avons indifféremment traduit σύμφωνον par pacte et par convention. On a quelquefois voulu établir une différence profonde entre le pacte et la convention en s'appuyant sur la rubrique de l'édit prétorien : *de pactis et conventis* (1). M. C. Manenti notamment, dans une longue

(1) Ou peut-être : *De pactis et conventionibus*. Pour la rubrique : *De pactis et conventis*, V. Manenti, *Studi Senesi*, VII (1890), p. 176 sqq.; VIII (1891), p. 1 sqq. Pour la rubrique : *De pactis et conventionibus*, V. Crusius, *Dissertatio ex Ulpiani libro IV ad Edictum de pactis et Conventionibus*, dans le Trésor d'Otton, Utrecht, 1733, I, p. 672⁶-672¹ ; Lenel, *Das Edictum perpetuum* [2], Leipzig, 1907, p. 64, n. 5; Girard,

étude parue sous le titre : *Contributo critico alla teoria generale dei pacta*, dans les *Studi Senesi* (1) de 1890 et 1891, a soutenu ceci : Le *pactum*, encore à l'époque classique, était un accord ayant pour objet exclusif de réduire ou de supprimer une action réelle ou personnelle, de prévenir ou d'arrêter un procès; le pacte ne produisait jamais d'action, sauf et pour des motifs spéciaux le pacte d'hypothèque. C'est donc une erreur de dire que le *constitutum debiti* est un pacte; c'est aussi une erreur de le placer dans la catégorie des *pacta praetoria*, laquelle est d'ailleurs une création arbitraire des interprètes (2). Au contraire, la *conventio* produisait une action, quand elle avait une *causa*. A défaut de *causa*, elle ne produisait ni action, ni exception.

Nous inclinons à croire que les thèses de M. Manenti ne sont pas fondées; mais, fondées ou non, il n'importe ici, car M. Manenti a lui-même reconnu que, tout au moins après l'époque classique, les deux mots *pactum* et *conventio* sont pris l'un pour l'autre (3). Aux Basili-

Textes[4], p. 140. La rubrique : *De pactis et conventis* nous paraît la plus probable : c'est celle que donne la *Lex Romana Wisigothorum*. L'argument qu'on tire en faveur d'une rubrique *De pactis et conventionibus* de la *Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti*, IV, 3, est détruit par VII, 6 du même ouvrage. On comprend d'ailleurs très bien que Paul ait substitué, S. R., IV, 3, le mot *conventio* au mot *conventum*, de même qu'Ulpien, L. 1, pr., D., 11, 14, a substitué le mot *pactio* au mot *pactum*. La *conventio*, la *pactio* sont les actes consensuels d'où naissent le *conventum* et le *pactum*. D'ailleurs, on ne voit pas pourquoi le préteur, conservant dans la rubrique de l'Édit le mot *pactum*, ce que tout le monde admet, aurait rompu la symétrie des expressions en employant aussitôt après le mot *conventio*. Cf. Cicéron, *Pro Caecina*, 18, 5; *Ad Atticum epist.*, V, 3; Juvenal, *Sat.*, IV, 25; Sénèque, *De beneficiis*, III, 1, 15.

(1) V. *Studi Senesi nel circolo giuridico della Reale Università*, VII, p. 107 et sqq.

(2) *Studi Senesi*, VIII, p. 29 : ..... È grave errore il dire, come si fa generalmente da tutti, che il *constitutum debiti* è un *pactum*, e il porlo nella categoria, pur essa creazione arbitraria degli interpreti, dei *pacta praetoria*. Ed, in verità, nè nel titolo del Digesto, nè in quello del Codice, nei quali si parla de questo instituto, D., XIII, 5, C. J., IV, 18, si accenna pur una volta alla possibilità di considerare il *constitutum* come un *pactum*.

(3) *Studi Senesi*, VIII, p. 186.

ques. leur synonymie est prouvée par la rubrique du livre XI, tit. I, consacré aux pactes, rubrique qui est, comme on sait, la suivante : περὶ πάκτων ἤτοι συμφώνων (1).

Quant aux abréviations employées, elles s'expliquent d'elles-mêmes. Il va de soi que V et M indiquent les *Codices* de Venise et de Montpellier, que L désigne le texte de Leunclavius et B ou Bas. celui des Basiliques d'après l'édition de Charles-Guillaume-Ernest Heimbach. Nous avons relevé toutes les variantes des manuscrits et des textes, même celles qui paraissent n'offrir, en l'abord. aucune espèce d'intérêt. Il nous a paru que c'était le cas d'appliquer la belle maxime qu'on lit dans une lettre de Manuel Chrysoloras à Coluccio Salutati (2) : Μικρὰ μὲν οὐδὲ ταῦτα, οὐδὲν γὰρ ἀπὸ τῆς τέχνης φαῦλον.

II

TEXTE ET TRADUCTION

ΜΕΛΕΤΗ ΠΕΡΙ ΨΙΛΩΝ ΣΥΜΦΩΝΩΝ

MÉDITATION SUR LES PACTES NUS

Préface.

([a-b]) Εἰ μὲν δι' ἔριν τινὰ καὶ δυσμένειαν, ἢ καὶ φιλοτιμίαν, ἢ καὶ ἄλλην αἰτίαν οὐκ εὐπρεπῆ, ἢ καὶ ὡς μεμισθωμένος τινὶ πρὸς τὴν παροῦσαν προῆγμαι γραφὴν, ὦ φίλοι συνδικασταὶ, οὐδὲ μακρο-

Si j'avais été poussé à la rédaction du présent écrit par quelque rivalité et malveillance, ou par ambition, ou par toute autre cause peu honorable, ou encore comme

(1) V. Heimbach, I. p. 553. Cf. Rotondi, étude sur la *Natura contractus* dans le *Bullettino dell' Istituto di diritto Romano*, XXIV (1911), p. 62.

(2) Cette lettre est citée par P. de Nohlac : *Bibliothèque de Fulvio Orsini, Contribution à l'histoire des collections d'Italie et à l'étude de la Renaissance*, Paris, 1887, p. 145.

(*a*) V., 62 r°.

(*b*) M., 74 v°.

τέρας ἂν ἴσως ἠπόρουν (1) συγγραφῆς, καὶ τοῦ τὸν (2) λόγον ἐπεκτείνειν εἰς μέγεθος κομψείᾳ λέξεως, καὶ συστροφῇ νοημάτων, καὶ παρενθήκαις, καὶ παρεκβάσεσιν.

étant aux gages de quelqu'un, je n'aurais pas sans doute manqué, ô juges mes chers collègues, de faire un écrit plus étendu, et d'allonger le discours tant par les ornements du style et l'accumulation des idées que par des parenthèses et des digressions.

§ 1. — Ἐπεὶ δὲ οὐδὲν με τοιοῦτον ἔχειν ἐπιστεύσατε (3), ἴστε δὲ τοῦτο καὶ ὑμεῖς καταλαμβάνεσθαι (4), εἴγε καὶ βούλεσθε, αἱ μὲν γὰρ ἄλλαι τῶν αἰτιῶν πόῤῥω τῶν σεμνῶς καὶ θεοφιλῶς ζῆν ᾑρημένων· τὸ δὲ φιλότιμον ἡ στένωσις καταλέλυκε τῶν καιρῶν, μόνου δὲ δικαίου ζῆλος πρὸς τὸ ἐγχείρημα συνεκίνησε, καὶ τὸ βούλεσθαί με διδάξαι τοὺς ἀγνοῦντας (5) τὴν περὶ τῶν πάκτων διαίρεσιν·

§ 1. — Mais puisque vous avez confiance qu'il n'en est pas ainsi pour moi, et, cela, vous savez le reconnaître vous-mêmes, si vous le voulez, car, d'une part, les autres motifs sont loin de la pensée de ceux qui ont choisi de vivre honnêtement et dans l'amour de Dieu; et, d'autre part, la misère des temps a mis fin à l'ambition : seul le zèle du droit nous a mû vers cette entreprise, et aussi la volonté d'apprendre à ceux qui l'ignorent la division des pactes;

§ 2. — Διὰ βραχέων ὡς οἷόν τε τὰ τοῦ σκοποῦ ἐκθήσομαι, οὐκ ἐμόν τι προφέρων διδασκάλιον, οὐδὲ (6) ἑρμενείαν παρεισάγων διατάξεσι (7) καὶ ῥήσεσι νομικαῖς,

§ 2. — Aussi brièvement que possible j'exposerai quel est son but, ne produisant pas une doctrine à moi, n'apportant pas dans les consti-

(1) Ita L. — Codd., V., M. : ἠπόρη.
(2) M. : τοῦτον.
(3) Ita L. — V., M. : πιστεύσατε.
(4) Ita L. — V., M. : καταλαμβάνεται.
(5) Ita L. — Codd., V., M. : ἀγνόουντας.
(6) *Sic* L. — V., M. : οὐδ'.
(7) Ita L. — V. : διατάξεως. M. : διατάξεος.

διανοίας ἀνάπλασμα, οὐκ οἶδ' ἡστινοσοῦν (1) καὶ εἰπεῖν χρή· ἀλλὰ ταῖς τοῦ μεγίστου καὶ διασημοτάτου διδασκάλου καὶ νομοθέτου Στεφάνου μεθόδοις κατακολουθῶν, καὶ νομοθεσίαις.

tutions et dans les termes de la loi une interprétation, produit d'une imagination que je ne sais comment qualifier, mais suivant les méthodes et les règles du très grand et très illustre maître et jurisconsulte Stéphane.

Titre I.

Τῶν ἰδιωτικῶν συμφώνων τὰ μὲν ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος ἰδικῶς κυρούμενα, καὶ τίκτουσι καὶ ἀναιροῦσιν ἀγωγὰς, ἐκ τῶν ἰδικῶς περὶ αὐτῶν ἐκπεφωνημένων νόμων καὶ διατάξεων τὴν τοιαύτην ἰσχὺν καὶ ἐνέργειαν προσειλήφοτα.

Parmi les pactes privés, il en est de spécialement confirmés par une loi ou un sénatus-consulte, qui engendrent ou suppriment des actions. Ces pactes tirent leur force et leur énergie des lois et constitutions rendues spécialement à leur sujet.

Καὶ (2) διὰ τοῦτο ἔσθ' ὅτε καὶ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγὴ, καὶ λύεται κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον ἀγωγὴ, ἅτινα καὶ λεγιτίμοι κομβεντίονες ἐπικέκληνται (3).

Et c'est pourquoi, quelquefois aussi, d'un pacte nu une action naît ou une action s'éteint *ipso jure*. Ces pactes s'appellent aussi conventions légitimes.

§ 1. — Τίνα δὲ ταῦτά εἰσιν, αὐτοὶ τούτων δηλοῦσιν οἱ θεματισμοί.

§ 1. — Quels sont ces pactes? On le verra par les espèces mêmes.

§ 2 (4). — Ἐὰν γάρ τις, φησὶ, τραδιτεύων (a) ἀγρὸν εἴπῃ· τραδιτεύω σοι τὸν ἀγρὸν, ἵνα ἐγὼ ἔχω τούτου τὸν οὐσουφροῦκτον (b) ἢ

§ 2. — Si quelqu'un, dit-il, en faisant tradition d'un champ, prononce ces paroles : je te livre le champ,

(a) V., 62 v°.
(b) M., 75 r°.

(1) M. : ἡσουτινος οὖν.
(2) Bas., I, p. 557. Stéphane : ..... καὶ διὰ τοῦτο ἔσθ' ὅτε ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγὴ καὶ λύεται κατὰ τὸ ἴψο ἰοῦρε ἀγωγή..... Cf. Bas., XI, 1, 6.
(3) Ita L. — V., M. : ἐπικέκληνται.
(4) Bas., I, p. 557. Stéphane : ..... ἐὰν τις τραδιτεύων ἀγρὸν οὕτως εἴπῃ.

τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν, ἢ τὴν πάροδον· ἐπειδὴ ταύτην τὴν κονβεντίονα ἤτοι τὸ σύμφωνον ἰδικὸς νόμος κυροῖ, λέγων ἐῤῥῶσθαι τὰ ἐν τῇ τραδιτίονι σύμφωνα, δύναται ὁ τραδιτεύσας ἐκ τοῦ τοιούτου συμφώνου ἐκδικεῖν τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν, κἂν ψιλόν πως εἶναι δοκεῖ (1).

pourvu que j'en aie l'usufruit, c'est-à-dire la jouissance des fruits, ou que j'aie un droit de passage; puisque une loi spéciale confirme une telle convention, c'est-à-dire le pacte, en disant que les pactes valent qui sont joints à une tradition; celui qui a livré peut, en vertu d'un tel pacte, revendiquer l'usage des fruits, bien que le pacte paraisse être, en quelque sorte, un pacte nu.

§ 3 (2). — Καὶ ὅτε ἐπαγγείλωμαι προικίζειν τινὰ, καὶ ὅτε πόλις δανείζουσα συμφωνήσει λαμβάνειν τόκους (3), ὥσπερ οὖν καὶ το ἐπὶ τῷ ἐνεχύρῳ γενόμενον σύμφωνον, κἂν σιωπηρὸν ᾖ, τίκτει ἀγωγὴν τὴν Σερβιανήν, ἀλλὰ καὶ ἡ δωρεὰ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτει σήμερον καὶ αὐτὴ τὸν ἐξ λέγε κονδικτίκιον.

§ 3. — De même, lorsque j'ai promis de doter une personne, et quand une ville ayant consenti un prêt conviendra de retirer des intérêts. Et pareillement le pacte fait *de pignore*, même tacitement, engendre l'action Servienne. Bien plus, la donation par pacte nu, engendre, elle aussi aujourd'hui, la *condictio ex lege*.

§ 3 *a*. — Εἰσὶ δὲ καὶ ἕτερα τὰ λύοντα δηλαδὴ κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον ἀγωγήν, οἷον τὸ ἐπὶ συγχωρήσει τῆς *Furti* (4) καὶ τῆς *Injuriarum*.

§ 3 *a*. — Il y a aussi d'autres pactes, qui ceux-là éteignent l'action *ipso jure*, tels le pacte faisant remise de l'action *furti* et le pacte faisant remise de l'action d'injures.

τραδιτεύω..... οὐσουφρούκτον, τὴν χρῆσιν..... ἰδικῶς..... ἐν τῇ τραδιτίονι γενόμενα σύμφωνα, δύναται ὁ τραδιτεύσας ἐκδικῆσαι τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν.

(1) *Sic* L. — V., M. : δοκῇ.

(2) Bas., I, p. 557. Sétphane : καὶ ὅταν ἐπαγγείλωμαι..... λαμβάνειν τόκους.

(3) Bas., I, p. 557. Stéphane : ὥστε οὖν καὶ τό..... ἔχει τίκτειν ἀγωγήν, τουτέστι τὴν Σερβιανήν, ὡς ὁ Παῦλος. ἐν τῷ ιζ' διγ. φησίν. οἶδα δέ, ὅτι καὶ ἡ δωρεά, καὶ αὐτη ἀπὸ ψιλοῦ..... κονδικτίκιον.

(4) M. : φούρτης.

§ 4. — Καὶ ταῦτα γὰρ τῆς λεγιτίμας κομβεντίονος, καὶ ὑπὸ ἰδικῶν νόμων κυρούμενα.

§ 4. — Et, en effet, ce sont là des pactes rentrant dans les conventions légitimes et confirmées par des lois spéciales.

Titre II.

Τὰ δὲ ἰδικὰς ἔχουσι προσηγορίας· οἷον πράσεως, μισθώσεως, κοινωνίας, χρήσεως, παρακαταθήκης, ἅτινα τῆς ἰουρισγεντίας εἰσὶ κονβεντίονες (1).

Il y a aussi des pactes qui ont une appellation propre, comme la vente, le louage, la société, le prêt à usage, le dépôt, qui sont des conventions du droit des gens.

§ 1. — Ἥνωται τούτοις καὶ τὰ ἰδικὴν μὲν προσηγορίαν μὴ ἀποφερόμενα, τῷ γενικῷ δὲ τοῦ συναλλάγματος ὀνόματι κεκλημένα· ἡνίκα προηγήσεται δόσις ἢ ποίησις ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει (2). εὐλόγου (3) τοῖς συναρέσασιν ὑποκειμένης αἰτίας. τίκτονται δὲ καὶ ἐκ τούτων αἱ πρόσφοροι ἀγωγαί.

§ 1. — Il faut y joindre encore les pactes qui n'ont pas de nom, mais qu'on désigne par le nom général de contrat : quand une dation ou un fait a d'abord eu lieu en vue d'une dation ou d'un fait, une *justa causa* existant pour les consentants : de tels pactes engendrent les actions qui conviennent.

§ 2. — Τὰ δὲ ἀπὸ τῆς ἰουρισγεντίας μὲν κατάγονται κομβεντίονος, οὔτε δὲ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτουσιν ὄνομα συναλλάγματος, οὔτε ἐπὶ τοῦ πρωτοτύπου ἵστανται γένους. εἰσὶ δε ταῦτα τὰ λεγόμενα νοῦδα εἴτ' οὖν (4) ψιλά. νοῦδον γὰρ ἤτοι (5) ψιλόν ἐστι σύμφωνον, τὸ μὴ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος

§ 2. — Mais viennent aussi d'une convention du droit des gens d'autres pactes qui ne tombent pas sous une appellation spéciale de contrat, qui ne sont pas non plus du modèle général : ce sont les pactes qu'on appelle nus, c'est-à-dire ψιλά. Car le pacte

(1) V., M. : κονβεντίονος.
(2) Bas., I, p. 560 : Εὐλόγου..... αἰτίας. Cf. p. suiv., note 1.
(3) V., M. : εὔλογον.
(4) Ita V., M. — L. : ἤτ' οὖν. Videsis, III, pr. Cf. Bas., I, p. 559.
(5) Ita V., M. — L. : ἤτι.

κυρούμενον ἰδικῶς (1), τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος (2), τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἱστάμενον, ἡγησαμένης πρότερον δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει. τοῦτό ἐστιν νοῦδον πάκτον.

nu, c'est-à-dire ψιλόν, c'est celui qui n'est pas spécialement confirmé par quelque loi ou sénatus-consulte, celui qui ne tombe pas sous une appellation spéciale de contrat, celui qui n'est pas dans le même genre une dation ayant été faite ou un fait accompli préalablement en vue d'une dation ou d'un fait. Voilà le pacte nu.

§ 3.—Πάλιν οὖν ὑποδιαιρεῖται καὶ τοῦτο. Τὰ μὲν γὰρ τῶν ψιλῶν συμφώνων διηνεκῶς ἀγωγὰς οὐ τίκτουσιν, ἀλλὰ παραγραφάς. Εἰσὶ δὲ ταῦτα, τὸ ἐπὶ συγχωρήσει χρέους γενόμενον. Οἷον τὸ, οὐκ ([a]) ἀπαιτήσω σε τὸ χρεωστούμενον, καὶ πάντα τὰ ἐξ ἰντερβάλω. Οἷον τὸ ἐπὶ τῇ πρὸ τοῦ ὡρισμένου καιροῦ ἀποδόσει τῶν πόνδερε, νύμερο (3), μένσυρα τῆς προικὸς προβὰν, μετὰ λύσιν τοῦ γάμου· καὶ τὸ πρὸς τὸν πύπιλλον, παρὰ τοῦ ἐπιτρόπου γενόμενον, μετὰ τὸν τῆς ἥβης καιρὸν, περὶ βαρυτέρων τόκων ἤπερ εἰσπράττεται ἡ τουτέλαε.

§ 3. — Il se subdivise. Il y a des pactes nus qui jamais n'engendrent d'actions, mais des exceptions. Ces pactes sont le pacte de remise de dette — exemple : je ne te demanderai pas ce que tu dois, — et tous les pactes *ex intervallo*, comme le pacte fait après dissolution du mariage, portant sur la restitution, avant le terme fixé, des choses dotales qui se pèsent, se comptent ou se mesurent ; et comme le pacte fait au pupille devenu pubère par le tuteur pour intérêts plus élevés que ceux à percevoir par l'action *tutelae*.

§ 4. — Περὶ ὧν ὁ διδάσκαλος

§ 4.—Là-dessus, le maître

(a) M., 75 v°.

(1) Bas., I, p. 560 : ..... εἰπὲ ὅτι νοῦδόν ἐστι πάκτον τὸ μὴ εἰς..... ἐπὶ ποιήσει, εὐλόγου τοῖς συναρέσασι ὑποκειμένης αἰτίας. Τοῦτό ἐστιν νοῦδον πάκτον.

(2) Ita L. — V., M. : συναλλάγματα.

(3) M., V. : νύμερε.

οὕτω φησίν (1)· ἐπὶ οὖν (2) μὴ σύγχρονά εἰσι (3) τὰ τοιαῦτα πάκτα τῷ συναλλάγματι ἢ τῷ ὡσανεὶ συναλλάγματι, οὔτε τὴν περὶ προικὸς μετετύπωσεν ἐξ στιπουλάτου (4) τὸ περὶ τῶν σταθμουμένων, μετρουμένων, ἀριθμουμένων μεταγενέστερον σύμφωνον, οὔτε συμβάλλεται περὶ τούτων κινούσῃ τῇ γυναικὶ, ἵνα μὴ εὑρεθῇ ἀπὸ νούδου πάκτου τικτομένη ἀγωγή (5), οὔτε δὲ ἡ (*b*) τυτέλαε κινουμένη μείζονας δύναται τὸν ἐπίτροπον εἰσπράττεσθαι τόκους ἐκ τοῦ μεταγενεστέρου συμφώνου, οὐ δὲ (6) τῷ πουπίλλῳ τούτων ἕνεκεν κινοῦντι συμβάλλεται, διὰ τὸν αὐτὸν πάλιν λογισμόν, τουτέστιν, ἵνα μὴ εὑρεθῶμεν οὐδὲν ἕτερον λέγοντες, ἢ ὅτι ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγὴ, ὅπερ ἄτοπον (7), καὶ παρὰ τὴν καθόλου τῶν νόμων διαίρεσιν.

se prononce ainsi : De tels pactes ne sont pas contemporains du contrat ou du quasi-contrat; en conséquence, le pacte postérieur sur les choses qui se pèsent, se mesurent, se comptent, ne change pas l'*actio ex stipulatu de dote*, ni ne sert à la femme actionnant quant à ces choses (car il ne faut pas qu'on trouve une action née d'un pacte nu), pas plus que par l'effet d'un pacte postérieur l'action *tutelae* ne donne pouvoir d'exiger du tuteur des intérêts plus élevés, et ne sert au pupille agissant pour cela : toujours pour la même raison, c'est à savoir qu'il ne faut pas qu'on nous trouve ne disant pas autre chose si ce n'est qu'une action naît d'un pacte nu, proposition absurde et contraire à toute l'économie des lois.

(*b*) V., 63 r°.

(1) Bas., I, p. 561. Stéphane : ..... ἐπεὶ οὖν μὴ σύγχρονόν ἐστι τὸ πάκτον τῷ συναλλάγματι, τὴν περὶ προικὸς εἰκότως οὐ μετετύπωσε ἐξ στιπουλάτου, καὶ ταύτην βόνα φίδε τυγχάνουσαν, οὐδὲ συμβάλλεται κινούσῃ..... ἀγωγή.

(2) Ita V., M., Bas. — L. : ἐπεὶ μή.

(3) Ita V., M. — L. : εἰς.

(4) Ita V., M., Bas. — L. : στιπουλάτῳ.

(5) Bas., I, p. 561. Stéphane : ..... οὐδὲ ἡ τουτέλαε κινουμένη δύναται μείζονας.. .. τόκους.

(6) Bas., I, p. 561. Stéphane : ..... τῷ πουπίλλῳ κινοῦντι..... ἢ ὅτι ἀπὸ ψιλῶν συμφώνων..... ἄτοπον.

(7) Bas., I, p. 560, lin. 14 *in fine*. Stéphane : ..... ὅπερ ἄτοπον καὶ παρὰ τὴν καθ'ὅλου..... διαίρεσιν.

Titre III.

Ἰδοὺ τὸ παρ ἐμοῦ σοι χθὲς εἰρημένον, ὦ καλὲ κἀγαθὲ, καὶ ἀπ' αὐτοῦ τοῦ πλάτους δείκνυται (1) τῶν διγέστων, ὅτι τὰ ἐξ ἰντερβάλῳ σύμφωνα αὐτὰ ταῦτά εἰσι τὰ νοῦδα εἴτ' οὖν ψιλά.

Voilà ce que, hier, je t'ai dit, ô homme excellent, et il est démontré par le πλάτος même du Digeste que les pactes *ex intervallo* eux-mêmes sont ces mêmes pactes nus, c'est-à-dire ψιλά.

§ 1. — Ἅπερ γὰρ ὡς μὴ σύγχρονα ὄντα τοῖς δηλωθεῖσι συναλλάγμασι, μὴ συμβάλλεσθαι εἶπεν ὁ νομοθέτης μήτε τῷ πουπίλλῳ, μήτε τῇ γυναικὶ εἰς τὸ κινεῖν, ταῦτα ψιλὰ μετ' ὀλίγα καλεῖ, καὶ ὡς ψιλὰ μὴ τίκτειν φησὶν ἀγωγήν. Τὸ οὖν μὴ σύγχρονον, τὸ ἐξ ἰντερβάλο πάντως ἐστί.

§ 1. — Ceux-ci, en effet, n'étant pas contemporains des contrats indiqués, ne servent pour agir, le nomothète le dit, ni au pupille, ni à la femme. Peu après, il les appelle des *pacta* ψιλὰ et comme tels, dit-il, ces pactes n'engendrent pas d'action. Donc le pacte qui n'est pas synchrone est tout à fait le pacte *ex intervallo*.

§ 2. — Σὺ δὲ οὐ μόνον οὐκ ἠνείχου τῶν εἰρημένων, ἀλλὰ καὶ κατεγέλας (2) φεῦ, καὶ ἐδόκεις τισὶν ἄλλος τὶς εἶναι νομοθέτης (3) καὶ μὴ δὲ τὸ τυχὸν τῆς τῶν νόμων ἀβύσσου καταλιπεῖν ἀνερεύνητον.

§ 2. — Mais toi, non seulement tu ne supportais pas ce qu'on disait, mais tu ricanais, hélas! et, à quelques-uns, tu paraissais être un autre législateur qui n'a rien laissé d'inexploré dans l'abîme des lois.

§ 3. — Ἔχε οὖν ὡς ἔχεις, καὶ γίνωσκε οὕτως, καὶ τὰς αὐτὰς δίοδευε τρίβους, εἰδὼς ὡς ἔστι καὶ κριτήριον (4) ἄλλο, καὶ λογοθέσιον, καὶ κριτὴς ἀλάθητος, εὐθύνας ἀπαιτῶν οὐ λόγων μόνον (a) καὶ

§ 3 — Sois donc comme tu es, pense de la sorte et chemine par les mêmes sentiers, sachant qu'il y a un autre jugement, une reddition de compte, qu'il est un juge à

(a) M., 76 v°.

(1) Ita V., M. — L. : δείκνυνται
(2) M. : καταγέλας.
(3) M. : νομοθέτις.
(4) V. M. : κρητήριον.

πράξεων, ἀλλὰ καὶ ἐνθυμήσεων, καὶ ἐννοιῶν καρδίας, οὗ ἡ δικαιοσύνη ἐφ' υἱοὺς υἱῶν, τοὺς φυλάσσοντας τὴν διαθήκην αὐτοῦ, καὶ μεμνημένους τῶν ἐντολῶν αὐτοῦ τοῦ ποιῆσαι αὐτάς· ὡς ὅγε μὴ τηρῶν τὴν αὐτοῦ διαθήκην καὶ τῆς ποιήσεως μὴ μεμνημένος τῶν ἐντολῶν αὐτοῦ τοῦ ποιῆσαι αὐτάς, κἂν ἐπὶ σοφίᾳ καὶ δικαιοσύνῃ μέγα κομπάζῃ, ἄσοφος οὗτος καὶ τῆς δικαιοσύνης ἀμύητος.

qui rien n'échappe, qui demande raison non seulement des paroles, mais des actes, mais aussi des désirs et des pensées du cœur, un juge dont la justice s'étend aux fils des fils, à ceux qui gardent son alliance, et qui se souviennent de ses commandements pour les exécuter. Car celui qui n'observe pas l'Alliance, et qui, sans souci de la pratique des commandements, ne les exécute pas, celui-là, fut-il encore plus vain de sa sagesse et de sa justice, celui-là est insensé et sans initiation aux mystères de la justice.

§ 4. — Οὐκ ἂν οὖν ἔχοις εἰπεῖν, ὡς ἄλλως ἔχει ταῦτα, καὶ οὐχ οὕτως οὐδ' ὅτι ἀνῄρηνται παρ' ἑτέρων νομων, ἢ διατάξεων, ἢ νεαρῶν θεσπισμάτων, ἢ ἑτέρως (1) ἐν τοῖς Βασιλικοῖς τὰ περὶ τούτων τεχνολόγεται, οἵγε μόνην κανονικῶς τὴν τοῦ ψιλοῦ συμφώνου δύναμιν ἐκθέμενοι, τὴν τούτου φύσιν, καὶ ὅθεν κατάγεται, πρὸς δὲ καὶ τὸν ὅρον ζητεῖσθαι καταλελοίπασιν ἐν τῷ πλάτει.

§ 4. — Tu n'aurais pas à dire que les choses sont autrement et non ainsi, ni qu'elles ont été abrogées par d'autres lois ou par des constitutions, ou par de nouvelles ordonnances, ou que dans les textes correspondants des Basiliques on disserte autrement là-dessus, ni que ceux-ci qui ont exposé, suivant les règles, uniquement la force du pacte nu, sa nature et d'où il vient, ont ensuite omis, dans le πλάτος, d'en chercher la définition.

§ 5. — Ἔγνωσται οὖν ἐντεῦθεν — πάλιν γὰρ τὰ αὐτὰ ῥητέον —

§ 5. — D'où l'on a reconnu — car il faut redire encore

(1) Ita V. — M. : ἑτέρων.

ὡς τὰ νοῦδα καὶ ψιλὰ σύμφωνα, τὰ ἐξ ἰντερβάλο τυγχάνουσι. Καὶ οὐ μάτην ἐνιστώμεθα περὶ τούτων, ἀλλὰ μάτην παρορώμεθα καὶ οὐ προσεδεχόμεθα.

les mêmes choses — que sont nus et ψιλὰ les pactes qui sont *ex intervallo*. Et ce n'est pas en vain que nous insistons là-dessus, mais c'est en vain qu'on nous dédaigne et qu'on nous repousse.

Titre IV.

Ἐγὼ δὲ νομίζω, ὡς εἰ (1) καὶ τὸ ἕτερον τῆς διαρέσεως τῶν νούδων πάκτων ἐκθήσομαι, τὸ παραδοξότερον λέγων, οὐ καταγελασθήσομαι μόνον, ἀλλὰ καὶ καταικισθήσομαι παρὰ τῶν μὴ ταῦτα ἐξακριβωσαμένων.

Je pense, moi, que si je viens à exposer l'autre partie de la division des pactes nus, disant quelque chose de plus imprévu, non seulement je serai raillé, mais même je serai mal traité par ceux qui n'ont pas examiné ces choses avec rigueur.

§ 1. — Καὶ τοίνυν πάλιν ἐπανιτέον ἐπὶ τὴν ἀρχήν.

§ 1. — Et donc il faut revenir au commencement.

§ 2. — Ἔιρηται ὅτι τῶν ψιλῶν συμφώνων τὰ μὲν διηνεκῶς ἀγωγὰς οὐ τίκτουσιν, ἀλλὰ παραγραφάς· Καὶ ἀπεδείχθη ὡς αὐτὰ ταῦτα εἰσὶ πάντα τὰ ἐξ ἰντερβάλο. Οἷον τὸ ἐπὶ συγχωρήσει χρέους (a), τὸ τῆς ταχείας ἀποδόσεως τῶν πόνδερε, νούμερο (2), μένσουρα, τῆς προικὸς, καὶ τῶν πρὸς τὸν πούπιλλον μετὰ τὴν ἥβην παρὰ τοῦ ἐπιτρόπου περὶ βαρυτέρων τόκων, παρόπερ εἰσπράττεται ἡ τουτέλαε καὶ ἄλλα πλείονα.

§ 2. — Il a été dit que, parmi les pactes nus, les uns n'engendrent jamais d'actions, mais des exceptions. Et il a été prouvé que ces mêmes pactes sont tous les pactes *ex intervallo*. Par exemple, le pacte de remise de dette, le pacte qui a pour objet une prompte restitution des choses dotales qui se pèsent, se comptent, se mesurent, et le pacte concernant la restitution des choses pupillaires : pacte fait après la

(a) V. 63 v°.

(1) Ita L. — V., M. : ὡς καί.
(2) Ita L. — V., M. : νούμερε.

puberté par le tuteur pour intérêts plus élevés que ceux exigibles par l'action *tutelae*, et beaucoup d'autres pactes encore.

§ 3. — Καὶ παρήχθη πρὸς μαρτυρίαν τοῦ λόγου καὶ σύστασιν ὁ περιβόητος τῆς οἰκουμένης διδάσκαλος καὶ νομοθέτης Στέφανος, μὴ δύνασθαι διαῤῥήδην βοῶν ἀπὸ τῶν τοιούτων ψιλῶν πάκτων τίκτεσθαι ἀγωγήν.

§ 3. — Et à l'appui de ce discours, on produisit le témoignage de l'illustre maître œcuménique et nomothète Stéphane, s'écriant, en termes précis, que, de tels pactes nus, une action ne peut naître.

§ 4. — Καὶ τὰ ἐπὶ τοῖς παρὰ φύσιν δὲ τῶν συναλλαγμάτων προβαίνοντα ([b]) μεταγενέστερα σύμφωνα (1), οἷον τὸ ἀπαιτεῖσθαι τὸν πράτην πρὸς τῇ ἐπερωτήσει τῆς δούπλας καὶ ἐγγυητὴν, καὶ τὸ εὐθύνεσθαι τὸν δεποσιτάριον ἀπὸ ῥαθυμίας, καὶ τὸ κινδυνεύειν ἐπὶ τοῖς τυχηροῖς τὸν χρησάμενον, τοῖς εἰρημένοις προστίθησιν ὁ νομικὸς (2), ὡς νοῦδα καὶ αὐτὰ, καὶ ἐξ ἰντερβάλο.

§ 4. — Et aux pactes indiqués le *Nomicus* ajoute comme étant nus aussi et *ex intervallo* les conventions *extra naturam contractuum* faites postérieurement, par exemple, le pacte pour exiger du vendeur, outre la stipulation *duplae*, la constitution d'un fidéjusseur, le pacte pour rendre le dépositaire responsable de sa négligence, le pacte pour imposer au commodataire le risque des cas fortuits.

§ 5. — Αὕτη πρώτη διαίρεσις τῶν νούδων ἤτοι ψιλῶν.

§ 5. — Telle est la première division des pactes nus, c'est-à-dire ψιλά.

H. MONNIER, et G. PLATON,
Doyen Bibliothécaire
de la Faculté de droit de Bordeaux.

(*A suivre*).

(b) M., 76 v°.

(1) Ita L. — V., M. : σύμφωνον.
(2) Cf. Bas., I, p. 561; II, p. 633.

LA

MEDITATIO DE PACTIS NUDIS

(Μελέτη περὶ ψιλῶν συμφώνων).

(*Suite*).

Titre V.

Δευτέρα δὲ ἥδε· ἀλλὰ προσεκτέον. Θαυμάσιον γάρ τι καὶ παράδοξον ὁ λόγος ἔρχεται λέξων.

La seconde (division) est celle-ci : Mais attention! car voici venir un développement contenant du merveilleux et du paradoxal.

§ 1. — Τῶν γὰρ νούδων πάκτων εἰσὶ καὶ τὰ ἐξ κοντίνεντι.

§ 1. — Parmi les pactes nus, il y a aussi les pactes *ex continenti*.

§ 2. — Καὶ ἄκουε, τί φησιν ὁ νομοθέτης.

§ 2. — Écoute ce que dit le nomothète :

§ 3 (1). — « Τὸ νοῦδον τοίνυν (2), ὡς εἴρηται, πάκτον ἀγωγὴν μὲν οὐ συνίστησι (3), παραγραφὴν δὲ τῷ τετυχηκότι τοῦ πάκτου καὶ παρὰ τὸ πάκτον ἐναγομένῳ χαρίζεται.

§ 3. — « Donc le pacte nu, comme il a été dit, n'établit pas l'action, mais accorde une exception à celui qui a obtenu le pacte et qui est actionné contrairement au pacte.

§ 4. — » Ἔσθ' ὅτε δὲ μετατυποῖ τὴν ἀγωγὴν καὶ καινοτέραν

§ 4. — » Mais quelquefois le pacte transforme l'action et

(1) Bas., I, p. 560. Stephane : ..... τὸ νοῦδον..... οὐ συνίστησι.

(2) Ita V., M. — in L. : τοίνυν deest.

(3) Bas., I, p. 560. Stephane : ..... παραγραφή..... ὡς ἐπὶ τῶν [illegible] ἀγωγῶν. Εἰώθαμεν..... καὶ τῷ ἄκτορι τῷ κινοῦντι..... τούτοις χρῆσθαι.

ὥσπερ αὐτῇ χαρίζεται φύσιν, ὡς ἐπὶ τῶν βόνα φίδε δικαστηρίων ἤτοι ἀγωγῶν. Εἰώθαμεν γὰρ λέγειν ὅτι τὰ γινόμενα σύμφωνα ἐνεῖναι (1) δοκεῖ τοῖς βόνα φίδε δικαστηρίοις ἤτοι ταῖς ἀγωγαῖς.

lui donne en quelque sorte une nouvelle nature, comme dans les *judicia* (c'est-à-dire les actions) de bonne foi; car nous avons accoutumé de dire que les pactes conclus paraissent naturellement compris dans les *judicia* (c'est-à-dire les actions) de bonne foi.

§ 5. — » Ἐπὶ τούτων δὲ, οὐχ ὡς ἔτυχεν, ἀλλ' ἡνίκα σύγχρονόν ἐστι (2) τὸ πάκτον τῷ συναλλάγματι. Τότε γὰρ καὶ τῷ κινοῦντι τὸ τοιοῦτον συμβάλλεται πάκτον. Εἰ γὰρ ἐξ ἰντερβάλο, τουτέστιν, εἰ μὴ σύγχρονόν ἐστι τὸ πάκτον τῷ συναλλάγματι, ἀλλὰ μετὰ ταῦτα γένηται, οὐκ ἔνεστι τῷ συναλλάγματι, οὔτε μετατυποῖ τὴν ἀγωγήν, οὔτε ἰσχύουσιν, εἰ πειραθείη τις κινῶν ἀγωγὴν τούτοις κεχρῆσθαι » (3).

§ 5. — » Pour ceux-ci, néanmoins, cela n'a pas lieu à toute occasion, mais lorsque le pacte est contemporain du contrat. Alors, en effet, un tel pacte sert à l'*actor*. Car si le pacte est *ex intervallo*, c'est-à-dire s'il n'est pas contemporain du contrat, mais fait après, il n'est pas dans le contrat et ne transforme pas l'action. De tels pactes ne valent pas, si quelqu'un, mettant une action en mouvement, tente de les utiliser ».

§ 6. — Εἰπὼν οὖν ὅτι τὸ νοῦδον πάκτον ἀγωγὴν μὲν οὐ συνίστησι, παραγραφὴν δὲ τῷ ἐναγομένῳ χαρίζεται, εἶτα προσθεὶς ἔσθ' ὅτε δὲ μετατυποῖ τὴν ἀγωγὴν καὶ ἐπαγαγών (4), ἐπὶ τούτων δὲ, οὐχ ὡς ἔτυχεν, ἀλλ' ἡνίκα σύγχρονόν ἐστι τὸ πάκτον τῷ συνάλλαγματι, ὅπερ πάντως ἐστὶ τὸ ἐξ κοντίνεντι, σαφῶς παραδέδωκε καὶ ἀναντιῤῥή-

§ 6. — Donc quand le nomothète nous a dit que le pacte nu ne crée pas d'action, mais donne une exception au *reus*, quand il ajoute ensuite que parfois le pacte transforme l'action et — poursuivant — que cela n'est pas admis à toute occasion, mais seulement pour le pacte con-

(1) Ita L. — V., M. : ἔνει καί.
(2) M. : ἐστιν.
(3) Bas. : χρῆσθαι.
(4) M. : ἐπαγώγην. — V. : ἐπαγόγην.

τως, ὅτι τὸ νοῦδον ἤτοι ψιλὸν πάκτον διπλοῦν ἐστι.

temporain du contrat, ce qui est proprement le pacte *ex continenti*, clairement et irréfutablement le nomothète nous enseigne que le pacte nu, c'est-à-dire ψιλόν, est double.

§ 7. — Καὶ ὅτε μὲν ἐξ ἰντερβάλο γένηται, οὐκ ἔνεστι τῷ συναλλάγματι οὔτε ἰσχύει πρὸς γένεσιν ἀγωγῆς.

§ 7. — Et quand le pacte est *ex intervallo*, il n'est plus inhérent au contrat et n'a pas de force pour engendrer l'action.

§ 8. — Ὅτε δὲ ἐξ κοντίνεντι, καὶ τῷ κινοῦντι συμβάλλεται.

§ 8. — Mais quand il est fait *ex continenti*, il profite aussi à l'*actor*.

§ 9. — Νοῦδα οὖν ὡς ἀληθῶς καὶ τὰ ἐξ κοντίνεντι [a] καὶ εἰκότως. Εἰ γὰρ [b] νοῦδόν ἐστι πάκτον, καθὼς ὁ νόμος ὡρίσατο, τὸ μὴ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος κυρούμενον ἰδικῶς (1), τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἱστάμενον, ἡγησαμένης πρότερον δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει (2), τὸ μηδενὸς τούτων μετέχον, μὴ δὲ τῆς αὐτῆς (3) δυνάμεως ἀποφερόμενον γνώρισμα, νοῦδον καὶ αὐτὸ τεχνικῶς ἄγαν καὶ ἠκριβωμένως κληθείη· καὶ νοῦδον, οὐχ ὡς τὰ ἐξ ἰντερβάλο, ἀλλ' ἑτέρας φύσεως καὶ ἰσχύος.

§ 9. — Nus donc, en vérité, sont les pactes *ex continenti* et non sans raison, car si le pacte nu est, comme la loi l'a défini, le pacte qui n'est pas spécialement confirmé par une loi ou un sénatus-consulte, le pacte qui ne passe pas sous une appellation spéciale de contrat, celui qui ne reste pas dans le même genre, une dation ayant été faite ou un fait accompli préalablement en vue d'une dation ou d'un fait, celui qui ne participe pas de tout cela, celui qui n'emporte pas la marque

(a) V., 61 rº.
(b) M., 77 rº.

(1) Bas., I, p. 560, lin. 33. — Stephane : ..... τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν..... ἢ ἐπὶ ποιήσει.
(2) Ita V., M. — L. : ἢ ποιήσει.
(3) Ita L. — V., M. : αὐτον.

§ 10. — Ἀρ' (1) οὐ τῶν νούδων καὶ τὰ ἐξ κοντίνεντι; ἆρ' ἔχει τινὰ τὰ εἰρημένα δυσχέρειαν (2); ἢ ἑρμηνείας δεῖται τῆς ἔξωθεν;

§ 11. — Σὺ δὲ οὐδὲ τὰ ἐξ ἰντερβάλο νοῦδα λέγειν ἐβούλου.

§ 12. — Ὅμως ἐγὼ καὶ ἑτέραν παρενθήσω διαίρεσιν, κἂν μὴ βούλῃ, ἣν ἐν τοῖς ἐξ κοντίνεντι τούτοις (3) ἐγκεκρυμμένην ὁρῶ.

§ 13. — Ὅσα μὲν γὰρ τούτων ἐπὶ τοῖς παρὰ φύσιν γίνονται τῶν συναλλαγμάτων, ὡς ἀνωτέρω ἐπὶ τῶν ἐξ ἰντερβάλο εἴπομεν (4), μετατυποῦσι τὰς ἀγωγὰς τὰς ἐξ ἐκείνων τῶν συναλλαγμάτων ἀποτικτομένας, καὶ μετασκευάζουσι, καὶ οὕτως αὐτὰς κινεῖσθαι παρασκευάζουσι καθὰ δὴ μετετυπώθη διὰ τῶν ἐξ κοντίνεντι συμφώνων.

révélatrice de la même puissance, celui-là on l'appellera aussi pacte nu, et cela au sens technique et précis du mot : nu, non pas comme les pactes *ex intervallo*, mais comme un pacte d'une nature et d'une force autres.

§ 10. — Ne sont-ils donc pas aussi parmi les pactes nus, les pactes *ex continenti*? Est-ce que les paroles dites souffrent difficulté? Ou bien ont-elles besoin d'une interprétation extrinsèque?

§ 11. — Mais toi tu ne voulais même pas appeler *nus* les pactes *ex intervallo*.

§ 12. — Moi, cependant, j'intercalerai une autre distinction, même si tu ne veux pas, laquelle j'aperçois cachée dans ces mêmes pactes *ex continenti*.

§ 13. — Car tous ceux de ces pactes qui ont pour objet des clauses *extra naturam contractuum* — (comme nous l'avons dit plus haut pour les pactes *ex intervallo*) — transforment les actions nées de ces mêmes contrats et les forment autrement, et préparent leur mise en mouvement sous cette nouvelle

(1) M. : Ἆρα.
(2) M. : τὰ δυσχέρειαν.
(3) Ita V., L. — M. : τοιούτοις.
(4) M. : Εἴποιμεν. V. IV, 5.

forme, d'après la transformation opérée par les pactes *ex continenti*.

§ 14. — Καὶ οἱ θεματισμοὶ τούτων δῆλοι πάντως καὶ οὐκ ἀνάγκη τούτους ἐκτίθεσθαι.

§ 14. — Les exemples en sont manifestes, et il n'est pas nécessaire de les donner.

§ 15. — Τὰ δὲ ἐπὶ τῆς ῥὲ νόνδουμ σεκούτα ὑπαναχωρήσεως συντιθέμενα, ποτὲ μὲν καὶ αὐτὰ μετατυποῦσι τὰς ἀγωγὰς τουτέστι τίκτουσι παραγραφὰς κατὰ τὸ ἐνὸν ἐξεταζομένας, ἤτοι ἐνούσας ταῖς ἀγωγαῖς καὶ μετατυπούσας αὐτάς.

§ 15. — Mais les conventions résolutoires, *re nondum secuta*, parfois aussi elles-mêmes, transforment les actions, c'est-à-dire engendrent des exceptions à examiner en tant qu'elles sont internes, c'est-à-dire des exceptions inhérentes aux actions et les transformant.

§ 16. — Τί δέ ἐστι κατὰ τὸ ἐνὸν ἐξετάζεσθαι παραγραφάς (1), οὐκ ἀναγκαῖον λέγειν.

§ 16. — Qu'entend-on par des exceptions à examiner en tant qu'elles sont internes, il n'est pas nécessaire de le dire.

§ 17. — Ποτὲ δὲ καὶ εἰς γένεσιν ἤτοι μετατύπωσιν (2) ἀγωγῆ, συμβάλλεται τῷ ἄκτωρι.

§ 17. — Parfois, aussi les pactes profitent à l'*actor* pour engendrer ou transformer l'action.

§ 18. — Λεγέσθω δὲ πρὸς σαφήνειαν καὶ ἀμφοτέρων οἱ θεματισμοί (3)· ἠγόρασέ τις παρά τινος πρᾶγμα καὶ ἦν ῥὲ νόνδουμ σεκούτα τὸ γεγονός· οὔτε γὰρ τὸ τίμημα δέδωκεν, ἴσως δὲ οὐδὲ τὸ πρᾶγμα ἐτραδιτεύθη αὐτῷ, ἀλλὰ μέχρι συμφώνων καὶ μόνων ἔστη τὰ

§ 18. — Pour éclaircissement, donnons des exemples de l'un et l'autre cas : quelqu'un acheta une chose et cela fut fait *re nondum secuta*. En effet, il ne donna pas le prix et pareillement la chose ne lui fut pas li-

(1) Ita L. — V., M. : παραγραφή.
(2) V. : μετατύπωσι.
(3) Bas., I, p. 566, lin. 23, *a fine*. — Stephane : ..... ἠγόρασέ τις πρᾶγμα παρά τινος καὶ..... οὐδὲ τὸ πρᾶγμα ἐτραδίτευσεν αὐτῷ μέχρι αὐτοῦ, ἀλλὰ..... τῆς πράσεως καὶ τὰ τῆς ἀγορασίας..... περιτυχόντες ἀλλήλοις ὁ πράτης..... καὶ ἔδοξεν αὐτοῖς, ἄχρηστα εἶναι τὰ συμφωνηθέντα μεταξὺ αὐτῶν.

τῆς πράσεώς τε καὶ ἀγορασίας. Μετὰ ταῦτα περιτυχόντες ἀλλήλοις ὁ πράτης καὶ ὁ ἀγοραστής, λόγους ἐκίνουν (1) περὶ τοῦ (a) συναλλάγματος, καὶ ἔδοξεν ὥστε ἄκυρα εἶναι τὰ συμφωνηθέντα μεταξὺ αὐτῶν.

vrée ; vente et achat restèrent de simples conventions. Après quoi, vendeur et acheteur se rencontrant s'entretinrent du contrat, et il leur parut bon que les pactes conclus entre eux fussent sans force.

§ 19. — Καί φησιν ὁ νομοθέτης (2)· τοῦτο τὸ μεταγενέστερον πάκτον, ἴντεγρα ῥὲ γεγενημένον, καὶ κατὰ τοῦτον τὸν λόγον (3) ἐξ κοντινέντι γεγενῆσθαι (4) νομιζόμενον ἔλυσε τὸ συνάλλαγμα.

§ 19. — Le nomothète dit : Ce pacte postérieur fait *integra re*, qui, pour ce motif, est réputé fait *ex continenti*, a dissous le contrat.

§ 20. — Καὶ ἰδοῦ, καινότερον μάθε τρόπον λύσεως (5) ἀγωγῆς, τὸ πάκτον τὸ ἴντεγρα ῥὲ γεγενημένον. τοῦτο δὲ μόνον ἐπὶ τῆς (6) ῥὲ νόνδουμ σεκοῦτα εἰς τὸ πᾶν ὑπαναχωρήσεως προβαίνει.

§ 20. — Et voilà que tu apprends un nouveau mode d'extinction de l'action : le pacte fait *re integra*. Mais cela a lieu seulement lorsque l'on abandonne pour le tout la convention *re nondum secuta*.

§ 21. — Ἐπάγει οὖν εὐθύς (7)· Ἐὰν γάρ τις, λυθέντος τοῦ συναλλάγματος, κινήσῃ τὴν ἐξ ἔμπτο ἢ τὴν ἐξ βένδιτο, μάτην κινεῖ.

§ 21. — C'est pourquoi le nomothète poursuit aussitôt : Si quelqu'un, le contrat dissous, agit *ex emto* ou *ex vendito*, il agit en vain.

§ 22. — Ἐκβάλλεται γὰρ παραγραφῇ κατὰ τὸ ἐνὸν (b) ἐξε-

§ 22. — Car il est repoussé par une exception à examiner

(a) M., 77 v°.
(b) V., 64 v°.

(1) M. : ἐκείνων
(2) Bas., I, p. 566, lin. 16, *a fine*. — Stephane : ..... τοῦτο τὸ μεταγενέστερον..... .....εἰς τὸ πᾶν ὑπαναχωρήσεως προβαίνει.
(3) V., M. : τὸν λόγον τοῦ ἐξ κοντινέντι.
(4) V. : γεγενῆται.
(5) Ita L. Bas. — V., M. : λύσιν.
(6) Ita V., M., Bas. — L. : ἐπί τῇ.
(7) Bas., I, p. 566, lin. 7, *a fine*. — Stephane : ..... ἐὰν οὖν τις λυθέντος..... ἐκβάλλεται γὰρ τῇ παραγραφῇ..... παραγραφῆς.

ταζομένη, τουτέστιν, αὐτῇ τῇ ἰντεντίονι μαχομένη, καὶ ὁ νόμος οἶδεν αὐτὸν ἐκβεβλημένον διὰ τῆς κατὰ τὸ ἐνὸν ἐξεταζομένης παραγραφῆς.

en tant qu'elle est interne, c'est-à-dire en opposition avec l'*intentio* : Et la loi, en effet, reconnaît que l'*actor* est repoussé par l'exception à examiner en tant qu'elle est interne.

§ 22 *a*. — Καὶ τῶν μὲν τικτόντων παραγραφὰς κατὰ τὸ ἐνὸν ἐξεταζομένας, ἐπὶ τῆς ῥὲ νόνδουμ σεκοῦτα (1) ὑπαναχωρήσεως ἐξ κοντινέντι (2) συμφώνων, ὁ θεματισμὸς ὅδε.

§ 22 *a*. — Et voici un exemple des pactes *ex continenti* (engendrant exceptions à examiner en tant qu'internes) pour un abandon de la convention *re nondum secuta*.

§ 23. — Ἐπεὶ δὲ (3) ἡ ῥὲ νόνδουμ σεκοῦτα ὑπαναχώρησις ἢ εἰς τὸ πᾶν γίνεται, ἢ μερικὴ, καὶ αὕτη παλιν ἡ μερικὴ ἢ ἐπὶ μειώσει πράγματος ἢ τιμήματος θεωρεῖται, ἢ τοὐναντίον ἐν αὐξήσει πράγματος ἢ τιμήματος, καὶ τὰ ἐπὶ μειώσει πράγματος ἢ τιμήματος προβαίνοντα (4) ἐπι τῆς μερικῆς, ὥσπερ δὴ καὶ ἐπὶ τῆς εἰς τὸ πᾶν, καὶ ταῦτα τῷ ἐναγομένῳ συμβάλλεται.

§ 23. — Mais puisque l'abandon, *re nondum secuta*, a lieu pour le tout ou pour partie, et que la *recessio* partielle à son tour apparaît comme une diminution de la *res* ou du prix, ou, au contraire, comme une augmentation de la *res* ou du prix, même les pactes tendant à la diminution de la *res* ou du prix, qu'il s'agisse de *recessio* partielle comme de *recessio* totale, profitent au *reus*.

§ 24. — Τὰ δὲ τοὐναντίον ἐπὶ αὐξήσει, καὶ τῷ ἄκτωρι πρὸς γένεσιν καὶ κίνησιν (5) συντείνουσιν ἀγωγῆς. Σαφηνίσουσι δὲ, καὶ διευκρινήσουσι καὶ ἄμφω ταῦτα οἱ πρόσφοροι θεματισμοί.

§ 24. — En sens inverse, les pactes en augmentation aboutissent aussi à la genèse et à la mise en mouvement d'une action au profit de l'*actor*. Des espèces appropriées

(1) V., M. : σικούτας.
(2) V., M. : κοντινέντο.
(3) Ita L. — V., M. : Ἐπειδὴ δέ.
(4) Ita L. — V., M. : προβαίνοντι.
(5) L. : γένησιν.

éclairciront et distingueront les deux cas.

§ 25 (1). — Ἠγόρασέ τις χιλίους κεράμους οἴνου πεντήκοντα νομισμάτων· Ἦκε μετὰ ταῦτα ρὲ νόνδουμ σεκοῦτα, τουτέστι (2), μήπω τοῦ τιμήματος καταβληθέντος, ἴσως μηδὲ (3) τῶν κεράμων παπαδοθέντων αὐτῷ, τὴν ἀγορασίαν μεμφόμενος, καὶ συνέδοξεν αὐτῷ καὶ τῷ πεπρακότι τεσσαράκοντα μόνα νομίσματα παρ' αὐτοῦ καταβληθῆναι. Ἰδοὺ ἐν μειώσει τιμήματος ἡ ὑπαναχώρησις (4).

§ 25. — Quelqu'un acheta mille amphores de vin pour cinquante nomismes. Puis, *re nondum secuta*, c'est-à-dire le prix n'ayant pas été payé, peut-être même les amphores n'ayant pas été livrées à l'acheteur, celui-ci vint se plaindre de son achat, et convint avec le vendeur de payer seulement quarante nomismes. Voilà une *recessio* ayant pour objet une diminution de prix.

§ 26. — Εἰς τοὐναντίον ὁ πράτης (5) (a) κατεμέμφετο τῇ πράσει, καὶ συνήρεσεν (6) ἀντὶ τῶν χιλίων κεράμων ἐνναχόσια μόνα αὐτὸν παρασχεῖν· ἐν μειώσει πράγματος ἡ ὑπαναχώρησις.

§ 26. — En sens inverse, le vendeur se plaignait de la vente et on convint qu'il fournirait, au lieu de mille amphores, neuf cents seulement. C'est la *recessio* pour diminution de la *res*.

§ 27 (7). — Ἐὰν οὖν τις,

§ 27. — Si donc, dit (le

(a) M., 78 r°.

(1) Bas., I, p. 567, lin. 9. — Stephane : ..... Ἠγόρασέ τις παρά τινος κεράμους οἴνου χιλίους πεντήκοντα νομίσμασιν· ἧκε..... ἴσως μηδὲ τῶν κεράμων καταβληθέντων, ἀγοραστὴς μεμφόμενος..... μόνα καταβληθῆναι νομίσματα παρ' αὐτοῦ· ἰδοὺ ἐν μειώσει νομισμάτων τιμήματος..... εἰ δὲ τὸ ἐναντίον.... κεράμων π'. μόνους αὐτῷ παρασχεῖν ἐν..... πραγματός ἐστιν ἡ ὑπαναχώρησις.

(2) Bas. — M. : τουτέστιν.

(3) Ita V., M., B. — L. : Ἴσως δὲ μὴ δὲ.

(4) L. : ἐπαναχώρησις, sed in margine ὑπαναχώρησις.

(5) M. : πράτις.

(6) Ita B., L., in margine. — V., M. : συνήρεσας.

(7) Bas., I, p. 567, lin. 20. — Stephane : ..... ὅθεν κἂν εἷς εἰσελθὼν κινήσει, ὁ μὲν ἐπὶ τοῖς νομίσμασι, ὁ δὲ ἐπὶ πράγμασι, κακῶς κινεῖ, τουτέστι ἐπὶ τοῖς χιλίοις κεράμοις· παραγραφὴ γὰρ αντίκειται αὐτῷ κατά..... εἰ μὴ τοὺς π'. κεράμους ἢ τὰ μ'. νομίσματα, κατὰ τὸ συνδεδογμένον αὐτό.

φησίν (1), ἐλθὼν κινήσῃ, ὁ μὲν ἐπὶ τοῖς ν' (2), νομίσμασιν, ὁ δὲ ἐπὶ τοῖς χιλίοις κεράμοις, κακῶς κινεῖ, κακῶς ποιεῖ. Παραγραφὴ γὰρ ἀντίκειται, κατὰ τὸ ἐνὸν ἐξεταζομένη, καὶ οὐδὲν ἄλλο καταβαλεῖν ὁ ἐναγόμενος ἀναγκάζεται, εἰ μὴ τοὺς ἐννακοσίους κεράμους ἢ τὰ τεσσαράκοντα νομίσματα κατὰ τὰ συνδεδογμένα.

nomothète), on agit, l'un pour les cinquante nomismes, l'autre pour les mille amphores, on poursuit à tort, et l'on agit mal. En effet, une exception est opposée, à examiner en tant qu'elle est interne, et le *reus* n'est forcé de prester rien autre chose que les neuf cents amphores ou les quarante nomismes, comme il a été convenu.

§ 28 (3). — **Αὐτὸς** γὰρ τὴν ἀρχὴν οὔτε ὁ πράτης δύναται τὴν ἐξ βένδιτο κινεῖν, εἰ μὴ ἐπὶ τεσσαράκοντα καὶ μόνοις νομίσμασιν. οὔτε ὁ ἀγοραστὴς τὴν ἐξ ἔμπτο, εἰ μὴ ἐπὶ ἐννακοσίοις καὶ μόνοις κεράμοις.

§ 28. — Le vendeur, en effet, ne peut, *ab initio*, agir *ex vendito*, si ce n'est pour quarante nomismes seulement, et l'acheteur ne peut exercer l'action *ex emto* que seulement pour neuf cents amphores.

§ 29. — Καὶ τοῦτο οὐ θαυμαστόν, εἰ τῷ ῥέῳ τὰ τοιαῦτα πάκτα συμβάλλεται, ᾧ τινι καὶ τὰ ἐξ ἰντερβάλλο σύμφωνα συμβάλλονται.

§ 29. — Et il n'est pas étonnant que de tels pactes profitent au *reus*, alors que les pactes *ex intervallo* lui servent aussi.

§ 30. — Θαυμαστὸν δὲ, ὡς ἀληθῶς, ὅτι καὶ τῷ ἄκτωρι συμβάλλεται, καὶ εἰς γένεσιν ἤτοι μετατύπωσιν ἀγωγῆς. Συμβάλλεται δὲ αὐτῷ, ὅτε τὸ πάκτον ἐν

§ 30. — Mais ce qui est vraiment étonnant, c'est qu'ils profitent aussi à l'*actor* même pour créer ou transformer une action. Le pacte pro-

(1) M. : φητήν.
(2) M. : πεντήκοντα.
(3) Bas., I, p. 567, lin. 25, Stephane : ..... γὰρ τὴν ἀρχὴν..... ὁ ἀγοραστὴς τὴν ἀγωγήν, εἰ μὴ..... κεράμοις. μερικὴ γὰρ γέγονε τοῦ συναλλάγματος ὑπαναχώρησις· καὶ τοῦτο οὐ θαυμαστόν..... σύμφωνα συμβάλλεται. θαυμαστόν..... ὅτι πολλάκις καί..... ὅταν τὸ πάκτον ἐπ' αὐξήσει τιμήματος ἢ πράγματος γέγονεν· οἷον, ἠγόρασέ τις παρά τινος..... κεράμους πεντήκοντα νομίσμασιν, καί..... σεχοῦτα τὸ συνάλλαγμα· μέχρι γὰρ συμφώνου ἔστη..... ὅτι πλέον ὀφείλω λαβεῖν..... ὁ πράτης ἔλεγε.

αὐξήσει πράγματος ἢ τιμήματος γέγονεν, ὡς εἴρηται.

fite à l'*actor* lorsque le pacte est fait en augmentation de la *res* ou du prix, comme il a été dit.

§ 31. — Οἷον ἠγόρασέ τις χιλίους (1) κεράμους οἴνου ν' νομισμάτων, καὶ ἦν ῥὲ νόνδουμ σεκοῦτα τὸ ἐνάλλαγμα (2). Μέχρι γὰρ συμφώνων ἔστη τὰ τῆς πράσεως.

§ 31. — Par exemple, quelqu'un acheta mille amphores de vin pour cinquante nomismes : le contrat existait *re nondum secuta*, car l'affaire en était restée aux accords.

§ 32. — Ἦλθεν ὁ ἀγοραστὴς μετὰ ταῦτα, λέγων, ὅτι πλέον λαβεῖν τῶν χιλίων κεράμων ὀφείλω ἢ τοὐναντίον ὁ πράτης (3) (4) ἔλεγεν ὅτι οὐκ ὀφείλω ὑπὲρ χιλιών κεράμιων λαβεῖν ν' νομίσματα. Καὶ ἔδοξεν ἵνα ὁ ἀγοραστὴς ͵αρ' λαβῇ κεράμους (a) ἢ τοὐναντίον ὁ πράτης ξ' νομίσματα. Ἐκ τούτου γὰρ τοῦ μεταγενεστέρου συμφώνου ῥὲ νόνδουμ σεκοῦτα τυγχάνοντος ἕκαστος ἔχει ἄλλην ἀπαίτησιν, ὁ μὲν ἐπὶ τοῖς χιλίοις καὶ ἑκατὸν (5) κεράμοις, ὁ δὲ ἐπὶ τοῖς ξ' νομίσμασι.

§ 32. — Puis vint l'acheteur, disant ; je dois recevoir plus de mille amphores ; ou, au contraire, c'est le vendeur qui disait : je ne dois pas pour mille amphores recevoir cinquante nomismes. Et on tomba d'accord que l'acheteur prît onze cents amphores, ou, au contraire, que le vendeur reçût soixante nomismes. En effet, d'après le pacte postérieur conclu *re nondum secuta*, chacun a une autre *petitio* : l'acheteur pour les onze cents amphores, le vendeur pour les soixante nomismes.

§ 33. — Ἐκ (6) τοῦ οὖν ἄνωθεν

§ 33. — Donc, d'après ce

(a) V., 65 r°.

(1) V. : χιλίους. χιλίους.

(2) Ita V. et L. — M., Bas. : συνάλλαγμα.

(3) M. : πράτις.

(4) Bas., I, p. 567, lin. 38, *a fine*. — Stéphane : ..... ἔλεγε..... κεράμων πεντήκοντα λαβεῖν νομίσματα..... χιλίους ἑκατὸν λαβῇ..... ὁ πρατης π' νομίσματα. Ἐκ..... μεταγενεστέρου πάκτου..... χιλίοις ἑκατόν..... ἐπὶ τοῖς π' νομίσμασιν.

(5) Ita L. — in V., M. : καὶ ἑκατόν deest ; in Bas., καὶ.

(6) Ita L. — in V., M. : ἐκ deest.

ἡμῖν προδιειλημμένου ὅτι τὰ ἐπὶ τῆς ῥὲ νόνδουμ σεκούτα ὑπαναχωρήσεως συντιθέμενα σύμφωνα (1) ποτὲ μὲν τίκτουσι παραγραφὰς κατὰ τὸ ἔνον ἐξεταζομένας, ποτὲ δὲ καὶ εἰς γένεσιν ἀγωγῆς συμβάλλονται τῷ ἄκτορι, διὰ τῶν εἰρημένων θεματισμῶν σαφῶς ἄγαν καὶ διηυκρινημένως ὑπέφηνεν ὁ νόμος, (a) καὶ παρέστησεν ἡμῖν, καὶ ὑπέγραψεν, ὡς ἡ μὲν εἰς τὸ πᾶν ῥὲ νόνδουμ σεκούτα ὑπαναχώρησις (2), καὶ ἡ ἐπὶ μειώσει τιμήματος ἢ πράγματος μερική, διὰ παραγραφῶν τοῖς ἐναγομένοις συμβάλλονται, ὅτε τὰς ἐκ τοῦ (3) ἀπληρώτου καὶ ἀτελέστου πρωτοτύπου συναλλάγματος ἀγωγὰς (4) κινοῦσι τινές.

§ 34. — Ἡ δὲ ἐπὶ αὐξήσει τιμήματος (5) μερικὴ ὑπαναχώρησις, ὅτε δηλαδὴ ῥὲ νόνδουμ σεκοῦτα γένηται, συμβάλλεται καὶ τῷ ἄκτορι εἰς ἀνακαινισμὸν καὶ σύστασιν χρέους ἑτέρου, κατὰ μίμησιν νοβατιόνος.

§ 35. — Ἐκ τῶν τοιούτων τοίνυν νομικῶν μεθόδων καὶ διδασκαλιῶν τῶντε παραγραφὰς τικτόντων ἐπὶ προβεβηκόσι συναλλάγμασι νούδων πάκτων ἤτοι ψιλῶν,

qui a été plus haut expliqué — que les pactes faits, *re nondum secuta*, sur la *recessio*, tantôt engendrent des exceptions à examiner en tant qu'internes, tantôt servent aussi à l'*actor* pour la création d'action, — au moyen des exemples cités, la loi fait voir clairement, distinctement, et nous montre et nous dépeint comment la *recessio* intégrale *re nondum secuta* et la *recessio* partielle pour diminution du prix ou de la *res* servent aux *rei* au moyen d'exceptions, quand quelques *actores* mettent en mouvement les actions d'un contrat primitif non rempli et imparfait.

§ 34. — Mais la *recessio* partielle pour augmentation de prix, lorsqu'elle a lieu *re nondum secuta*, sert aussi à l'*actor* pour renouveler la dette et en établir une autre, à l'exemple de la novation.

§ 35. — Donc de ces voies et doctrines légales, et de ces pactes nus, c'est-à-dire ψιλά qui engendrent des exceptions pour les contrats anté-

(a) M., 78 v°.

(1) H. I. — V. M. : σύμφωνον.
(2) H. I., V. — M. : ὑπαναχώρησις.
(3) V. : [illegible]
(4) H. I. — V., M., omitt. [illegible]
(5) V. : [illegible]

καὶ τῶν τὰς (1) ἀγωγὰς ἀνακαινιζόντων ἀποδεδειγμένων, δῆλον πάντως, καὶ μηδενὶ μηδαμῶς ἀμφισβητήσιμον (2), ὡς εἴ τινα ἕτερα παρὰ ταῦτα τισὶν ἐπινενόηται, ἄδεκτά τε ὁμοῦ, καὶ τῆς νομικῆς αὐθεντιάς ἐκκήρυκτα, ὡς ταύτῃ μὴ γνωριζόμενα.

rieurs et qu'on a montrés renouvelant les actions, il ressort manifestement et il n'est douteux pour personne que si d'autres choses, hormis celles-là, ont été inaugurées par quelques-uns, elles sont irrecevables et bannies de tout pouvoir légal, comme inconnues de la loi.

Titre VI.

Ἀλλὰ (3) σύ, ὦ φίλος, καὶ τούτων ἀποδεδειγμένων οὕτως, ὀξὺς ὢν καὶ τῶν ἀνεπιλήπτων ἐπιλαμβάνεσθαι, εἴποις ἂν ἴσως, μᾶλλον δὲ ἤδη καὶ ἔφης, ὡς καὶ ποῦ ταῦτα τοῖς βασιλικοῖς ἐγκατέστρωται; περιττολογία σαφὴς τῶν ἐξηγητῶν καὶ εἰς οὐδὲν δέον τὰ περὶ τούτων αὐτοῖς ἐκπεπόνηται.

Mais ces choses étant ainsi démontrées, toi, ô mon ami, toi si prompt à critiquer ce qui n'est pas critiquable, tu dirais peut-être, ou plutôt, tu as déjà dit : où donc cela se trouve-t-il, aux Basiliques? C'est évidemment un bavardage d'exégète, une élaboration qui ne répond à aucune nécessité.

§ 1. — Καὶ παρὰ (4) τοῦτο ἡ τοσαύτη διδασκαλία καὶ τεχνικὴ μέθοδος παραθεωρηθέσεται καὶ ἀθετηθήσεται.

§ 1. — Et c'est pour cela qu'un si grand enseignement et une règle aussi parfaite seront méprisés et inobservés.

§ 2. — Ἀλλ' εἰ μὲν ἐναντία τοῖς ἐγκαταστρωμένοις (5) ἢ τὴν χρῆσιν οὐ παρεχόμενα ἐν τοῖς πράγμασιν, ἢ τοῖς ὕστερον νενομοθετημένοις παραδοκιμηθέντα (6),

§ 2. — Mais s'ils sont contraires aux règles insérées ou ne peuvent servir dans la pratique, ou sont en contradiction avec la législation

(1) Ita L. in V., M. τὰς deest.
(2) V. : ἀμφισμητήσιμον.
(3) M., addit : καί.
(4) V. : πέρ.
(5) M. : ἐγκατεστρωμένοις.
(6) Ita L. — V., M. : παρευδοκιμηθέντα.

εἰπέ· καὶ τοῖς οὕτως ἔχουσιν οὐ χρησόμεθα δ' οὖν (1).

postérieure, dis-le, et s'il en est ainsi, nous ne nous en servirons pas.

§ 3. — Τί τῶν ὁμοφύλων καὶ ὁμογλώσσων ἀπελαύνεις νομων (2) τὰ εἰρημένα, ὥσπερ εἴ τινας δημοσίοις ἐγκλήμασι κατακεκριμένους (3) κεφαλικῶς τιμωρῶν;

§ 3. — Pourquoi séparer ce qu'on a dit des lois congénères et écrites dans la même langue, comme on châtie par des peines capitales certaines personnes condamnées pour crimes publics?

§ 4. — Μὴ οὕτως πρὸς τοὺς εὐεργέτας διάκεισο νόμους, παρακαλῶ, οἵ σε πρὸς μέγιστον ὕψος καὶ δόξης καὶ εὐδαιμονίας ἀνήγαγον, καὶ περιβόητον ἔθεντο.

§ 4. — Je t'en supplie, ne sois pas ainsi disposé envers les lois bienfaitrices qui t'ont mené au plus haut degré de gloire et de bonheur et t'ont rendu illustre.

§ 5 (a). — Μὴ τιμώρει τοὺς οὐδὲν ἐπταικότας, πλὴν εἰ μὴ τοῦτο εἴποις, ὅτι σε τοιοῦτον ἀπέδειξαν.

§ 5. — Ne les punis pas, car elles ne sont pas coupables, à moins que tu ne veuilles les déclarer telles, parce qu'elles t'ont montré tel.

§ 6. — Ἐνῆν μὲν οὖν καὶ ἄλλοις μυρίοις ἐπιχειρήμασι ταύτην ἴσως (4) τὴν ἀντιλογίαν καταβαλεῖν, καὶ ἀποδεῖξαι ὡς οὐκ ἐξηγητικὴ περιττολογία ταυτὶ (b) οὐδὲ μάτην τοῖς νομοθέταις συγγέγραπται.

§ 6. — Il serait certes permis de jeter à terre cette contradiction par une infinité d'autres épichérèmes, et de démontrer qu'il n'y a pas là un bavardage d'exégètes et que les nomothètes n'avaient pas écrit inconsidérément.

§ 7. — Ἀλλ' οὐ νῦν τούτου καιρός.

§ 7. — Mais ce n'est pas le moment.

§ 8. — Ἵνα δέ σοι καὶ τὰ

§ 8. — Pour te démontrer

(a) M., 79 rº.
(b) V., 65 vº.

(1) Ita L. — V., M. : οὐδ' οὖν.
(2) Ita V., M. — L. : νόμον.
(3) V., M. : κατακρουμένους.
(4) Sic L. — M. : ἴσον. Forte legendum : ἐξ ἴσου.

βασιλικὰ συμφθεγγόμενα παραστήσω, ἄκουε καὶ τῶν ἑξῆς.

que les Basiliques parlent comme moi, écoute ce qui suit :

§ 9 (1). — Τὸ ψιλὸν σύμφωνον ἀγωγὴν οὐ τίκτει, ἀλλὰ παραγραφήν· πόθεν εἴληπται τοῦτο; οὐχὶ ἐκ τούτου ; τὸ νοῦδον πάκτον ἀγωγὴν τίκτειν οὐ πέφυκε.

§ 9. — Le pacte ψιλὸν n'engendre pas d'action, mais une exception. D'où cela est-il pris? N'est-ce pas de ceci que la nature du pacte nu n'est pas d'engendrer l'action?

§ 10. — Τὸ ψιλὸν (2) τοῦτο τί ἐστιν; οὐχὶ τὸ νοῦδον; τοῦτο δὲ οὐχὶ τὸ ἐξ (3) ἰντερϐάλο.

§ 10. — Le pacte ψιλόν, qu'est-ce? N'est-ce pas le pacte nu? et celui-ci n'est-ce pas le pacte *ex intervallo?*

§ 11. — Καὶ πρόσχες τῷ ἑπομένῳ ῥήματι καὶ γνώσῃ.

§ 11. — Fais attention à ce qui suit et tu comprendras.

§ 12 (4). — Ἐν ἀρχῇ δὲ (5) γενόμενον, φησί, τυποῖ τὴν ἀγωγήν. Οὐχὶ τοῦτο δία τὸ ἐξ κοντίνεντι λέγει; συλλογιστέον οὖν, καὶ μὴ φθονήσῃς, εἰ καὶ τοῖς σοῖς χρώμεθα συλλογισμοῖς· καὶ τῆς αὐτοσοφίας γὰρ ἐσμὲν μαθηταί.

§ 12. — Fait *ab initio*, disent les Basiliques, le pacte forme l'action. Ne parlent-elles pas ainsi à cause de l'*ex continenti?* Raisonnons donc et ne trouve pas mauvais que nous nous servions de tes propres raisonnements, car nous sommes aussi les disciples de la Sagesse même.

§ 13. — Εἰ οὖν τὸ ψιλὸν σύμφωνον ταυτόν ἐστι τῷ νούδῳ τῷ τίκτοντι παραγραφήν, ἐν ἀρχῇ δὲ γενόμενον τυποῖ τὴν ἀγωγήν, ἕτερον δὲ ἐν ἀρχῇ γενόμενον οὐ λέγεται εἰ μὴ τὸ ἐξ κοντίνεντι, ὡς

§ 13. — Si donc le pacte ψιλόν est même chose que le pacte nu, lequel engendre une exception, et, fait *ab initio*, modèle l'action, et si, fait *ab initio*, il ne

(1) Bas., I, p. 564, lin. 5 : τὸ ψιλὸν..... παραγραφήν.
(2) Ita V., M. — L., addit : δέ.
(3) Sic L. — V., M. ἐξ non habent.
(4) Bas., XI, I, ch. 7, th. 1, p. 564, lin. 6 : ἐν ἀρχῇ δὲ γενόμενον τυποῖ τὴν ἀγωγήν.
(5) Ita V., M. : — δέ in L. deest.

παρὰ (1) πᾶσιν (2) ἀνωμολόγηται· ἄρα τὸ ψιλὸν σύμφωνον καὶ νοῦδον, καὶ τὸ ἐξ ἰντερβάλο (3), καὶ τὸ ἐξ κοντίνεντι.

porte pas d'autre nom que celui de pacte *ex continenti*, comme tout le monde le reconnaît, le pacte ψιλόν et aussi *nudum*, c'est aussi le pacte *ex intervallo* et le pacte *ex continenti*.

§ 14. — Καὶ οὐκ ἂν ἔχοις πρὸς ταῦτα δικαίως ἢ ἀληθῶς ἀντειπεῖν, οὐδ' εἰ μυρία συγγράφεις συγγράμματα καὶ πολυστίχους χάρτας προφέρεις.

§ 14. — Et à cela tu n'aurais, en vérité et en toute justice, rien à objecter, même en écrivant des milliers d'écrits, et en produisant des chartes prolixes.

§ 15. — Ἔχεις οὖν καὶ ἐκ τῶν Βασιλικῶν ἐν ὀλίγοις, ἅπερ ἐκ τῶν παλαιῶν διεξοδικώτερόν σοι συνήγαγον, ὅτι τὸ νοῦδον πάκτον αὐτό ἐστι τὸ ψιλὸν καὶ τὸ ἐξ ἰντερβάλο καὶ τὸ ἐξ κοντίνεντι.

§ 15. — De ce petit nombre de textes des Basiliques, textes que j'ai rassemblés pour toi en les tirant des anciens avec un plus ample détail, tu retiens donc que le pacte nu c'est à savoir le pacte ψιλὸν et le pacte *ex intervallo* et le pacte *ex continenti*.

§ 16. — Εἰ δὲ βούλει καὶ τὸ περὶ τῆς ῥὲ νόνδουμ σεκούτα ὑπαναχωρήσεως, καὶ τῆς εἰς τὸ πᾶν, καὶ τῆς εἰς μέρος (4) ἐν τοῖς Βασιλικοῖς κατιδεῖν, ἀνάσχου μου ἔτι μικρόν.

§ 16. — Et si tu veux voir aussi dans les Basiliques ce qui est dit sur la *recessio re nondum secuta*, tant sur la *recessio* totale que sur la *recessio* partielle, supporte-moi encore un peu.

§ 17 (5). — Ὅσα δὲ, φησί, κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος, πράγματος μὴ τυχόντος, συμφωνεῖται, ταῦτα καί τῷ ἐνάγοντι καὶ

§ 17. — Tout ce qui, disent-elles, conformément à la nature du contrat est convenu *re non secuta*, profite à

(1) V. : Ὥσπερ.

(2) Ita L. — V. : πάσας. — M. : πᾶσαν. Cf. Bas., I, p. 564.

(3) Ita L. — V., M. ἐστί addunt.

(4) Ita M., V. Cf. VI, 22 et Bas., I, p. 567, lin. 2. — L. : τὸ μέρος.

(5) Bas., XI, 1, 7, 2. I, p. 564, lin. 20 : ὅσα δὲ κατὰ..... γὰρ τῆς πράσεως καὶ τῶν λοιπῶν καλῇ πίστει συναλλαγμάτων καὶ μετατυπῶν..... μερικῶς.

τῷ ἐναγομένῳ, ὡς ἐνόντα συμβάλλεται. Ἐπί τε γὰρ τῆς πράσεως καὶ τῆς αγορασίας καὶ μετατυποῦν ἔξεστι (1) καὶ ὑπαναχωρεῖν ἐκ συμφώνου (a) τελείως καὶ μερικῶς. Καὶ τὰ ἑξῆς.

§ 18. — Θεματισμός ἐστι (2) τοῦ εἰρημένου κεφαλαίου τὸ, ἐπί τε γὰρ τῆς πράσεως καὶ τῆς αγορασίας. Ἢ ουχ οὕτως, ὦ γενναῖε; οὕτως ἄρα.

§ 19. — Καὶ λοιπὸν ὅρα ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ ῥήτου καὶ ἀμφότερα.

§ 20. — Ἔξεστι, φησίν, ἐπὶ τῆς πράσεως καὶ ἀγορασίας ὑπαναχωρεῖν ἐκ συμφώνου τελείως καὶ μερικῶς.

§ 21. — Τί ἄλλο ἢ πάντως ὑπαναχώρησις τελεία καὶ μερική ἥτις τότε γίνεται, πράγματος μὴ τυχόντος· τουτέστιν, ὅτε ῥὲ νόνδουμ σεκούτα εἴη τὸ γεγονός;

§ 22. — Οὐκοῦν ῥὲ νόνδουμ σεκούτα μὴ ὄντος τοῦ γεγονότος, οὐ δυνατὸν, ὡς οἶμαι, οὔτε εἰς τὸ πᾶν, οὔτε εἰς μέρος ὑπαναχώρησιν γίνεσθαι.

§ 23. — Τὸ δὲ κατὰ φύσιν

l'*actor* et au *reus* comme inhérent au contrat. Car, dans l'*emptio* et *venditio*, il est permis, par pacte, de transformer et d'abandonner le contrat entièrement ou en partie. Et ce qui suit.

§ 18. — L'espèce du chapitre est aux mots : De la vente et achat. N'est-ce pas ainsi, mon brave ami? Oui, certes.

§ 19. — Il faut donc voir aussi dans la même expression les deux hypothèses.

§ 20. — Il est permis, disent les Basiliques, dans la vente et achat, d'abandonner par pacte le contrat en totalité ou en partie.

§ 21. — Qu'est-ce autre chose si ce n'est absolument une *recessio* intégrale et partielle qui a lieu alors *re nondum secuta*, c'est-à-dire au cas où la chose existerait *re nondum secuta*.

§ 22. — Donc, dans le cas d'une prestation dont on ne peut pas dire qu'elle existe sans contreprestation, il n'est pas possible, je crois, qu'il y ait *recessio* partielle ou totale.

§ 23. — Quant aux mots

(a) M., 79 v°.

(1) M. : ἔξεστιν.
(2) M. : ἐστίν.

πάντα τὰ ἐπὶ τοῖς τοιούτοις συμφωνούμενα ἔντε μειώσεσι καὶ αὐξήσεσι τῶν προγεγονότων δηλοῖ, ὥσπερ εἰρήσεται ἀκριβέστερον.

κατὰ φύσιν, ils signifient, comme on le dira avec plus de précision, tout ce qui est convenu en de tels cas pour diminuer ou augmenter des conventions antérieures.

§ 24. — Πῶς σοι ταῦτα δοκεῖ, ὦ φιλοσοφώτατε καὶ διαιρε- (a) τικώτατε ;

§ 24. — Que te semble-t-il de tout cela, ô le plus subtil des philosophes?

§ 25. — Ἆρ' οὐχὶ κἂν (1) τοῖς (2) Βασιλικοῖς τὰ ἐν τοῖς ἡμετέροις Διγέστοις τεθεώρηται καὶ κατέστρωται, καί (3) σοι τουτο μὴ δοκεῖ ;

§ 25. — Est-ce que l'on ne voit pas, répandues dans tes Basiliques, les règles de notre Digeste, bien que cela ne t'apparaisse pas?

§ 26. — Ἐπαίνεσον οὖν, εἴπερ μοι πείθῃ, μᾶλλον τὰ Δίγεστα. Ἔχουσι γάρ τι τῶν Βασιλικῶν περισσότερον. Οἳ μὲν γὰρ ἐκεῖνα μετιόντες, καὶ τῆς (4) ἐκείνων εὐφραδείας καὶ πλατύτητος ἐμφορούμενοι, εὐκόλως (5) καὶ τοῖς Βασιλικοῖς ἐπιβάλλουσι, καὶ ἀμφοτέρων ἴσασι τὰς δυνάμεις.

§ 26. — Donc, si tu veux m'en croire, célèbre plutôt le Digeste, car il contient plus que les Basiliques. Ceux, en effet, qui pratiquent le Digeste, et se sont emplis de son beau langage et de sa richesse, abordent facilement aussi les Basiliques et la vertu des deux recueils leur est révélée.

§ 27. — Οἱ δὲ τοῖς Βασιλικοῖς ἐνησχολημένοι καὶ μόνοις οὐ ταῦτα σχεδὸν καλῶς κατορθοῦσι τὰ σπουδαζόμενα, καὶ ἀνάγκη πάντως αὐτοὺς τῆς ἐκείνων (6) ἐκπίπτειν (7) γνώσεως.

§ 27. — Mais ceux qui se sont occupés des seules Basiliques n'entendent pas très bien ce qui fait l'objet de leurs études et nécessairement la pleine connaissance des Basiliques leur échappe.

(a) V., 66 r°.

(1) L. : κἂν.
(2) Ita M. et forte V. — L. : τοῖς.
(3) Ita L. — M. et forte V. : κἂν.
(4) Ita L. — V., M. : τοῖς.
(5) M. : Εὔκολον.
(6) V. : Ἰκείνων.
(7) V. : Ἰκπίπτειν.

§ 28. — Οἱ αὐτοὶ καὶ τοῦτό μοι πάσχειν δοκοῦσι περὶ ἃ καταγίνονται. Ὅταν μὲν γὰρ τοῖς ἑαυτῶν θελήμασιν εὕρωσι ταῦτα συντρέχοντα, καὶ τῆς ἐξ αὐτῶν ὀδμῆς τὰς ἑαυτῶν αἰσθήσεις πληροῦντα, ἐπαινοῦσι καὶ μεγαλύνουσιν. Ὅταν δὲ τοῖς σπουδαζομένοις ἀσύμβατα καὶ ἀσύμφορα, πολλὴν αὐτῶν κατηγοροῦσι στενότητα καὶ ἀσάφειαν.

§ 28. — Ils me paraissent être dans les mêmes dispositions quant à leurs recherches actuelles. D'une part, en effet, quand ils en trouvent les résultats conformes à leurs désirs et remplissant leurs propres sens de leur odeur, ils y applaudissent et les magnifient; mais quand ces résultats sont contraires à leurs efforts et sans profit, ils en accusent la pauvreté grande et l'obscurité.

§ 29. — Ἃ μὲν οὖν μοι καὶ δι' ἁπλῶν ἔναγχος εἴρηται λόγων ἐπὶ τοῦ συνεδρίου περὶ τῶν συμφώνων, ἰδοὺ ταῦτα καὶ γραφῇ δέδοται, καὶ νόμοις ἀποδέδεικται φανεροῖς (a) καὶ ἀναντιῤῥήτοις.

§ 29. — Ces simples paroles, que j'ai prononcées depuis peu au Consistoire, au sujet des pactes, voilà donc qu'elles ont été confiées à l'écriture, et prouvées par des lois claires auxquelles on ne peut rien objecter.

Titre VII.

Λοιπὸν οὖν ῥητέον τινὰ καὶ περὶ τῆς ὑποθέσεως, ἥ τῇ παρούσῃ γραφῇ τὰς αἰτίας παρέσχηκε, καὶ θεωρητέον εὐστόχως, εἰ τὸ περὶ αὐτῆς ἀμφίβολον ἐκ τῶν εἰρημένων τέμνεσθαι (1) δύναται.

Il reste à dire quelques mots de l'affaire qui a motivé le présent écrit et à examiner avec justesse si la controverse, quant à cette affaire, peut être tranchée par ce qui a été dit.

§ 1. — Οἶμαι παρὰ (2) πᾶσιν ἀνωμολογῆσθαι συνάλλαγμα εἶναί τε καὶ ὀνομάζεσθαι (3) τὸ μεταξὺ

§ 1. — Je pense que tout le monde s'accorde à reconnaître comme contrat et à

(a) M., 80 v°.

(1) V. : τέμνεσται.
(2) V. : πέρ.
(3) V. : ὀνομαζεσται.

τοῦ Πρωτοσπαθαρίου (1) καὶ τῆς μονῆς γεγονός.

appeler ainsi ce qui s'est passé entre le protospathaire et le monastère.

§ 2. — Συνάλλαγμα δὲ οὐκ ἰδικὴν ἔχον προσηγορίαν, ἀλλὰ τῷ γενικῷ κεκλημένον οὕτως ὀνόματι, ἐξ οὗ καὶ κατάγεται.

§ 2. — Mais c'est un contrat sans appellation spéciale et désigné ainsi par le nom du genre d'où il est tiré.

§ 3. — Δόσεως γὰρ χρυσίου γεγενημένης πρὸς τὴν μονήν, ἐπὶ τῷ τοὺς δεδωκότας μένειν τε παρ' αὐτῇ ἐπίσης τοῖς ἄλλοις, καὶ λαμβάνειν ῥητά τινα, καὶ μὴ καταναγκάζεσθαι θάτερον τούτων ἀποκείρεσθαι, μέχρις ἂν αὐτὸς βουληθῇ, συνέστη κομβεντίων ἰουρισγεντία, ἤτοι συναίνεσις φυσικὴ καὶ νόμιμος, ἐπὶ εὐλόγῳ τῶν συναρεσάντων αἰτίᾳ, ἐφ' ᾗ καὶ ἡ (2) πραισκρίπτις (3) βέρβις παρέχεται.

§ 3. — En effet, de l'or ayant fait l'objet d'une dation au monastère pour permettre aux donateurs d'y rester tout comme les autres, et d'y recevoir certaines prestations déterminées, sans que ni l'un ni l'autre donateur fût astreint à la tonsure, tant qu'il n'y aurait pas consenti, une convention du droit des gens a été passée, c'est-à-dire une entente naturelle et légale, sur juste cause, des parties contractantes; et, à ce titre, l'action *praescriptis verbis* est donnée.

§ 4. — Προεδόθη δὲ παρευθὺ καὶ τὰ περὶ ταύτης ἔγγραφα, δόσιν παριστῶντα ἐπὶ δόσει (4) κατὰ ταυτὸν καὶ ἐπὶ ποιήσει.

§ 4. — Aussitôt des écrits constatant la convention furent dressés établissant qu'il a été fait donation pour que pareillement on donne ou l'on fasse.

§ 5. — Τὸ μὲν γὰρ δέδωκα ἵνα λαμβάνω, δόσις ἐπὶ δόσει· τὸ δὲ ἵνα μὴ ἀποκείρεσθαί με κατ-

§ 5. — Dire : j'ai donné pour recevoir, c'est dation pour dation. Mais dire : ne

(1) V. : ἀσπαθάρου. M. : πα' σπαθάρου. Rectum legit L. — Cf. Schlumberger, *Sigillographie*, p. 589.
(2) Sic L.; ἡ deest in V. M.
(3) Sic L. — V. M. : πραισκρίπτῃ.
(4) M. : δόσιν.

αναγκάζητε (1), ποίησις. Ποιῆσαι γὰρ ἐστι (2) καὶ τὸ μὴ ποιῆσαι, ὡς μανθάνομεν (3).

me contraignez pas à la tonsure, c'est un *facere*. Car nous savons que *facere* c'est aussi *non facere*.

§ 6. — Αὕτη ἡ κονβεντίων μὴ εὑροῦσα ἰδικὸν ὄνομα ἔστη ἐπὶ τῇ τοῦ γενικοῦ γένους προσηγορίᾳ, ἐξ οὗ καὶ τὰ ἰδικὰς ἔχοντα προση-[a] γορίας ἕτερα κατάγονται συναλλάγματα.

§ 6. — Cette convention n'ayant pas trouvé une appellation spéciale est restée sous l'appellation du genre général d'où sont tirés aussi d'autres contrats ayant une appellation propre.

§ 7. — Καὶ εἰκότως ἄγαν καὶ ἐννομώτατα συνάλλαγμα ὀνομάζεται. Καὶ οὐ μέχρι τοῦ δέδωκα μόνον, ἵνα λαμβάνω καὶ μὴ αποκείρωμαι, τὰ τοιούτου συναλλάγματος ἔστη· ἀλλὰ καὶ ἀποτέλεσμα τὰ συναρέσαντα ταῦτα εἰλήφασι.

§ 7 — Et c'est avec raison et très légitimement qu'on l'appelle contrat. Le contrat n'en est pas seulement resté au moment où j'ai donné pour recevoir sans subir la tonsure, mais il a reçu sa pleine exécution.

§ 8. — Τό τε γὰρ χρυσίον προσήνεκται τῇ μονῇ, καὶ οἱ δεδωκότες παρ' αὐτῇ προσελήφθησαν, καὶ τοῖς ἐν ταύτῃ μονάζουσι συνηνώθησαν.

§ 8. — Car l'or fut offert au monastère et ceux qui le donnèrent y furent reçus et adjoints à ceux qui y menaient la vie monastique.

§ 9. — Ἤτε τῶν συμφωνηθέντων δίδοσθαι καταβολὴ (4) διὰ τῆς ἐτησίας δόσεως τὴν ἐνέργειαν ἔσχηκε, καὶ οὐδὲν τῶν δεδογμένων ἀτέλεστον ὑπολέλειπται.

§ 9. — Et le paiement de ce qu'on était convenu de donner obtint effet par la prestation annuelle, et rien ne resta inexécuté des conventions arrêtées.

§ 10. — Ἀλλὰ καὶ ἐπ' ἐνιαυτοὺς [b] ἤδη τόσους βέβαια συντετήρηται καὶ τὸ ἀπηρτισμένον

§ 10. — Bien plus, cela fut observé exactement pendant tant d'années; et les faits

(a) V., 66 v°.
(b) M., 80 v°.

(1) Ita L. — V. M. : καταναγκάξηται.
(2) M., V. : ἐστίν.
(3) M. : μανθάνομαι.
(4) M. : καταβολήν.

καὶ τέλειον ἐπὶ τῶν ἔργων αὐτῶν ἐπιδεδειγμένα.

§ 11. — Σκοπητέον οὖν εἰ ἐκ (1) τοῦ τυχόντος τοῦ ἀποτελέσματος τούτου (2) συναλλάγματος καὶ τὸν ἀπαρτισμὸν, ὡς εἴρηται, δεξαμένου, ἀναχωρεῖν ἔξεστιν ἢ τελείως ἢ μερικῶς, ἢ ἐπὶ αὐξήσει ἢ ἐπὶ μειώσει, διὰ μεταγενεστέρων συμφώνων.

§ 12. — Καὶ τυχὸν τὴν τῶν σιτηρεσίων καὶ ῥογῶν ἐτησίαν δόσιν μειοῦν μερικῶς, ἢ καθ' ὁλόκληρον ἢ ἐναλλάσσειν· ἢ τὸ ὑπὲρ τούτων δεδομένον χρυσίον αὖθις ἀναδίδοσθαι μερικῶς ἢ ὁλοκλήρως, ἢ τοὐναντίον καὶ ἕτερον εἰς ἐπαύξησιν ἐπιδίδοσθαι : ἢ καὶ ποιεῖν ἅπερ μὴ ποιεῖν συμπεφώνηται.

§ 13. — Ἐμοὶ μὲν οὖν δοκεῖ, καὶ πᾶσι τοῖς συναινοῦσί μοι, μηδὲν τούτων ἐξεῖναι γίνεσθαι μετὰ τὸν ἀπαρτισμὸν τοῦ συναλλάγματος καὶ τὴν τελείωσιν· μήτε αὐξάνειν, μήτε (3) μειοῦν τὰ προβεβηκότα, ἅπερ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος ὁ νόμος εἴρηκε.

§ 14. — Καὶ τὸ ἐπ' αὐξήσει τῶν τοιούτων γενόμενον μετὰ

mêmes démontrent que tout a reçu son parfait achèvement.

§ 11. — Il faut donc voir si ce contrat ayant obtenu son plein effet et étant, comme il a été dit, parachevé, il est permis de l'abandonner en totalité ou en partie, ou pour l'augmenter, ou pour l'amoindrir, par des pactes postérieurs;

§ 12. — et, le cas échéant, de diminuer la prestation annuelle des annones et des distributions, ou de la supprimer entièrement, ou de la changer; ou bien de restituer en partie ou totalement l'or fourni pour ces prestations, ou bien, au contraire, d'en ajouter encore pour augmentation, ou aussi de faire ce qu'il a été convenu de ne pas faire.

§ 13. — Il me paraît donc à moi, et à tous ceux qui partagent mon opinion, que rien de tout cela n'est permis une fois le contrat parachevé et parfait. On ne peut plus ni augmenter, ni amoindrir ce qui a été fait, et que la loi déclare conforme à la nature du contrat.

§ 14. — Et le pacte conclu après entre les personnes

(1) V. : ἐκ.
(2) V., M., L., habent : τοὺτου.
(3) V. : μήτε μήτε.

ταῦτα σύμφωνον μεταξὺ των εἰρημένων προσώπων (1) μηδεμίαν ἔχειν ἰσχὺν, μήτε εἰς ἀγωγὴν, μήτε μὴν εἰς παραγραφήν.

indiquées à l'effet d'accroître les prestations n'a aucune force ni pour action, ni pour exception.

§ 15. — Καὶ παραγέσθω πρὸς πίστιν τοῦ λόγου καὶ βεβαίωσιν αὖθις ἡ ῥὲ νόνδουμ σεκούτα μερικὴ ὑπαναχώρησις, ἢ ἐπὶ αὐξήσει πράγματος ἢ τιμήματος.

§ 15. — Pour preuve et à l'appui du discours soit mis en avant l'abandon partiel *re nondum secuta*, pour augmentation de la *res* ou du prix.

§ 16. — Ἐὰν συμφωνήσω χιλίους κεράμους οἴνου ν' νομισμάτων ἐξωνήσασθαι παρὰ σοῦ (2), μήπω μὲν τῶν νομισμάτων δοθέντων, οὐδὲ τοῦ οἴνου παραδοθέντος, δυνάμεθα διὰ μεταγενεστέρων συμφώνων καὶ τὸν οἶνον ἐπαύξειν (3), καὶ τὴν τιμήν. Τοῦ δὲ χρυσίου καταβληθέντος ἤδη, καὶ τοῦ οἴνου παραδοθέντος, τὸ τελειωθὲν συνάλλαγμα καὶ ἀνελλιπὲς (4) οὐκ (5) ἀνανεούμεθα, κἄν τι περὶ τούτου γενήται σύμφωνον παρ' ἡμῶν (6), ἀνίσχυρον τῷ νόμῳ λογίζεται, καὶ κινεῖν ἀγωγὴν ἐκ (7) τούτου τις οὐδὲ δυνάται (8), οὐδὲ (9) μὴν συγκεχώρηται.

§ 16. — Si je conviens de t'acheter, pour cinquante nomismes, mille amphores de vin : tant que les nomismes ne sont pas versés ni le vin livré, nous pouvons, par pactes postérieurs, augmenter la quantité de vin et le prix. Mais l'or étant déjà versé et le vin livré, ce contrat complet et auquel rien ne manque, nous ne le renouvelons pas. Et si quelque convention est faite par nous là-dessus, elle est tenue pour inefficace par la loi, et on ne peut, en vertu de cette convention, ni intenter une action, ni obtenir licence de le faire.

§ 17. — Πρὸς ταῦτα τίς ὁ

§ 17. — Qui trouvera-

(1) V. M. : προσώπου.
(2) Sic L. — V. et M. : ἀπό.
(3) Ita L. — V. et M. : ἐπαύξων.
(4) Ita V., M. — L. : ἀνελλειπές.
(5) Ita L. — οὐκ deest in V., M,
(6) V., M., L. : παρ' ἡμῖν. — Sed L. in margine : ἡμῶν.
(7) V. : ἐκ.
(8) Ita L. — V., M. : δύνηται.
(9) Ita L. — V., M. : οὔτε.

ἀντιφθεγξάμενος (1) εὑρεθήσεται;

t-on pour contredire à cela?

§ 18. — Ἢ τίς ὅλως εἰπεῖν δυνήσεται ὡς ἐὰν ἵππον πωλήσας εἰς χεῖρας λάβω τὸ τίμημα, καὶ [a] παραδώσω αὐτὸν, εἶτα περιτυχὼν τῷ ἀγοραστῇ (2), συμφωνήσω μητ' αὐτοῦ καὶ ἕτερον χρυσιὸν [b] εἰς (3) ἐπαύξησιν τοῦ τιμήματος ἐπικομίσασθαι, καὶ ἀγωγὴν συνίστημι περὶ τούτου, προσδεχθήσομαι ὅλως, ἢ συγχωρηθήσομαι παρὰ τοῦ νόμου, καὶ οὐκ εὐθὺς ἐκβληθήσομαι καὶ οὐδὲ τῇ τοῦ δικατηρίου θύρᾳ προσεγγίσαι καταλειφθήσομαι, τοῦ ἀντιδίκου μὴ βουλομένου;

§ 18. — Ou bien si, ayant vendu un cheval, j'ai reçu en mains le prix et livré le cheval, et qu'ensuite rencontrant l'acheteur, je conviens avec lui qu'il versera une autre somme en augmentation du prix et si j'intente une action de ce chef, qui pourra dire que je serai absolument reçu à l'intenter ou que j'y serai autorisé par la loi et que je ne serai pas aussitôt repoussé, sans qu'il me soit même laissé, si mon adversaire s'y oppose, de m'approcher de la porte du tribunal!

§ 19. — Οὐδεὶς ὁ τοῦτο λέξων (4) ἐστὶν εἰ μή τις ἀμαθὴς καὶ ἀμύητος δικαιοσύνης ἐστὶν ἀληθοῦς τε καὶ νομικῆς.

§ 19. — Personne ne dira cela, si ce n'est un ignorant, un non initié à la justice et vraie et légale.

§ 20. — Ὅρα γὰρ πῶς καὶ ἡ κοινὴ τῶν ἀνθρώπων χρῆσις τὰ περὶ τούτων οἶδέ τε καὶ καθ' ἑκάστην, ὡς εἰπεῖν, διαπράττεται.

§ 20. — Car vois comment le commun usage des hommes comprend ces choses, et chaque jour, pour ainsi dire, les pratique.

§ 21. — Ἵνα γὰρ μὴ εὐθὺς ἀποκλείωνται οἱ ἵππους καὶ ἡμιόνους ὠνούμενοι μετὰ τὴν τοῦ τιμήματος δόσιν καὶ τὴν τοῦ ζώου παράδοσιν,

§ 21. — Pour ne pas être aussitôt repoussés, ceux qui achètent des chevaux et des mules, une fois le prix payé

(a) M., 81 r°.
(b) V., 67 r°.

(1) Ita L. — V., M. : ἀντιφθεγξόμενος.
(2) V. : τὠγορασθῇ.
(3) V. : εἰς εἰς.
(4) Ita V., M. — L. : λέξεων.

μεσεγγυῶσιν (1) ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον τὰ ὑπὲρ τούτων τιμήματα, ἢ συμφωνοῦσιν ἔξωθεν κατασκέψασθαι τὸ ἐωνημένον ἐφ' ἡμέραις δυοῖν ἢ καὶ τρισίν.

et l'animal livré, consignent d'ordinaire les prix ou conviennent de mettre en observation au dehors pour deux ou trois jours l'animal acheté.

§ 22. — Καὶ ἢ ἀναχωροῦσι τελέως τοῦ συναλλάγματος ἐν τῷ μεταξύ, ἢ μειοῦσι τὸ τίμημα καὶ τότε περαίνεται τὸ συνάλλαγμα.

§ 22. — Et, dans l'intervalle, ils abandonnent entièrement le contrat, ou bien ils diminuent le prix et alors le contrat est parachevé.

§ 23. — Ὡς εἴγε τοῦτο ἐνῆν γίνεσθαι καὶ μετὰ τὴν τοῦ τιμήματος καταβολὴν και τὴν τοῦ ζώου παράδοσιν, οὐκ ἂν ἡ μεσεγγύησις (2) ἐν μέσῳ παρείληπτο.

§ 23. — Car s'il était possible qu'il en fût ainsi même après le paiement du prix et la livraison de l'animal, on n'aurait pas eu recours à un séquestre intermédiaire.

§ 24. — Ἀλλὰ διὰ ταύτην ῥέ νόνδουμ σεκόυτα τοῦ γεγονότος νομιζομένου, ὀρθῶς συμβαίνει προβαίνειν τὴν ὑπαναχώρησιν (3), ὡς δεδήλωται.

§ 24. — Mais par cette mise en séquestre, ce qui a eu lieu s'interprétant comme un contrat non encore exécuté, il arrive que la *recessio* se produit régulièrement, comme on l'a montré.

Titre VIII.

Καὶ τὸ εἰρημένον τοίνυν σύμφωνον, τὸ μεταξὺ τῆς μονῆς καὶ τοῦ πρωτοσπαθαρίου (4), εἰ μὲν μήπω τοῦ χρυσίου παρὰ τούτου τοῖς μοναχοῖς δεδομένου προβέβηκεν, ἢ κἂν τοῦτο ἐδέδοτο, τοῦ ἀνθρώπου μηδέπω πρὸς τὴν μονὴν εἰσεληλυθότος (5) ἢ τῆς τῶν σιτη-

Donc, quant au pacte indiqué, — celui fait entre le monastère et le protospathaire — s'il a eu lieu, alors que l'or n'a pas été versé aux moines par le protospathaire; ou même, l'or étant versé, si l'homme n'est pas encore en-

(1) Ita L. — V., M. : μεσεγγεῶσιν.
(2) Ita L. — V., M. : μεσεγγυηυσις.
(3) Ita in margine L. — V., M. : ἀναχώρησιν.
(4) Ita L. — V., M. : *a* ιπ σταθς. — Cf. VII, 1.
(5) L. : ἐσεληλυθότος. — V., M. : εἰσελληλυθότος.

ρεσίων (1) καὶ ῥογῶν δόσεως ἔτι ἐνηρτημένης, εἶχεν ἂν ἰσχύν τινα καὶ ἐνέργειαν, καὶ τοῦ πρωτοσπαθαρίου κινοῦντος ἐκ (2) τῶν προγεγονότων συμφώνων κατὰ τῶν μοναχῶν, ὥστε πρὸς πέρας ἀχθῆναι τὰ συναρέσαντα, παραγραφὴ ἐκ (3) τούτου ἀντέκειτο τῷ ἐνάγοντι, καὶ οὐκ ἠναγκάζοντο οἱ μοναχοὶ ἢ προσδέξασθαι τοῦτον ἐν τῇ μονῇ, ἢ διδόναι (a) αὐτῷ ἅπερ ἐπηγγείλαντο, πρὸ τοῦ κομίσασθαι καὶ αὐτοὺς τὰ ἐπ' αὐξήσει τῶν προτετυπωμένων συμφωνεθέντα δι' αὐτοῦ παρέχεσθαι πρὸς τὴν μονήν.

tré au monastère ou si la distribution des annones et des *rogae* est encore en suspens, le pacte pourrait avoir quelque force et efficacité. Et le protospathaire agissant contre les moines en vertu des conventions antérieures pour mener les accords à leur fin, on opposerait au demandeur une exception de ce chef, et les moines ne seraient pas forcés de le recevoir dans le monastère ou de lui donner ce qui lui avait été promis avant d'avoir eux-mêmes obtenu ce qu'il a été convenu que le protospathaire apporterait au monastère en augmentation des conventions antérieures.

§ 1. — Ἢ κἂν μὴ ἐκεῖνος ἐκίνει, καὶ οἱ μοναχοί (4) ἐνάγειν ἠδύναντο ἐκ (5) τοῦ μεταγενεστέρου τούτου συμφώνου, ὡς ἐπ' αὐξήσει γεγονότος τοῦ προσυμφωνηθέντος δοθῆναι αὐτοῖς χρυσίου, τοῦ μήπω δηλαδὴ καταβεβλημένου.

§ 1. — Ou, le protospathaire n'agissant pas, les moines eux-mêmes pourraient agir du chef de cette convention postérieure, se fondant sur ce que l'or n'a pas encore été versé qui devait leur être payé en augmentation de la convention antérieure.

§ 2. — Ἐπεὶ δὲ πάντων τῶν συμπεφωνημένων ἤδη προβεβηκό-

§ 2. — Mais comme la convention postérieure a eu lieu,

(a) M., 81 v°.

(1) Ita L. — V (?). M. : σιτηρεσίων.
(2) V. : ἐκ.
(3) V. : ἐκ.
(4) Ita L. — V., M. : αἱ αἱ.
(5) V. : ἐκ.

των τε καὶ τετελεσμένων ἀνελλιπῶς, ἐπιγεγένηται, ἀπρακτήσει τελείως, καὶ οὔτε ἀγωγὴν οὔτε παραγραφὴν ὁ νόμος ἐξ αὐτοῦ τοῖς προβαλλομένοις παρέξει, κἂν ὅτι μάλιστα καὶ τοῦτο σπεύδωσί τε καὶ βούλωνται.

alors que toutes les conventions étaient déjà menées à bonne fin, sans que rien manquât, elle sera entièrement inefficace, et la loi n'en tirera, au profit de ceux qui l'invoquent, ni action, ni exception, si grands que soient leur désir et leur volonté.

§ 3. — Ἔχομεν οὖν περὶ τούτων οὕτω; ἐγώ τε καὶ ὅσοι μετ' ἐμοῦ τῷ πλάτει τῶν ([a]) παλαιῶν ἐμφιλοχωροῦντες ἐντεῦθεν θαῤῥαλεώτερον τοῖς στενοῖς ἐπιβάλλουσι τῶν Βασιλικῶν, καὶ σύμπνοες ἐπὶ τοῖς εἰρημένοις ἐμοὶ καὶ σύμφρονες (1).

§ 3. — Voilà ce que nous pensons, moi et tous ceux qui, avec moi, se plaisant à rester dans le large champ des anciens, s'engagent avec d'autant plus de confiance dans les défilés des Basiliques : sur tout ce qui a été dit, nous sommes unanimes et du même sentiment.

§ 4. — Ὅσοι δὲ μὴ οὕτως ἔχουσι τὰς οἰκείας κἀκεῖνοι γνώμας περὶ τῆς ὑποθέσεως προαγέτωσαν ἐπὶ μέσον, ἵνα καὶ ἡμεῖς αὐτῶν ἀκουσόμεθα.

§ 4. — Quant à ceux qui pensent autrement, qu'ils présentent leur propre manière de voir sur l'affaire, afin que nous aussi nous les écoutions.

(a) V., 67 v°.

(1) Ita M. et in margine L. — V. : σύμφανες.

H. Monnier, et G. Platon,

Doyen Bibliothécaire
de la Faculté de droit de Bordeaux.

(A suivre).

LA

MEDITATIO DE NUDIS PACTIS

III

Théorie des pactes d'après la « Meditatio de nudis pactis ».

La lecture de la *Meditatio* soulève de nombreuses questions.

Quelle est la doctrine de l'auteur sur les pactes? La *Meditatio* a-t-elle été rédigée à l'occasion d'un procès véritable, ou bien n'est-elle qu'une pure déclamation, un exercice d'école? Si, comme nous le croyons, la première hypothèse est la vraie, peut-on indiquer quel était l'objet du litige et quel tribunal l'a tranché et comment? Peut-on enfin émettre quelques conjectures sur l'auteur de la *Meditatio* et sur son principal contradicteur?

A toutes ces questions, on ne se flatte pas d'apporter une réponse assurée. Mais ces questions se présentent trop naturellement à l'esprit du lecteur pour que l'on puisse se soustraire à l'obligation de les discuter. La théorie des pactes en particulier mérite notre attention. Elle a pris, dans le monde byzantin, une importance nouvelle. On peut, écrit un scholiaste, changer au moyen des pactes la nature des contrats (1). N'est-ce pas tout le vieux système

(1) *Bas.* I, p. 337, sch. 2 : ἀμείβειν γὰρ τὰς φύσεις τῶν συναλλαγμάτων διὰ συμφώνων ἔξεστιν.

plète la citation en observant que les conventions qui créent ou éteignent les actions peuvent aussi tirer leur force des constitutions impériales.

Poursuivant ses emprunts à l'ouvrage de Stéphane (1), notre auteur donne, non pas une énumération, mais des exemples de conventions légitimes.

Le premier exemple est celui d'un pacte adjoint à une tradition. Le *tradens*, en faisant tradition d'un champ, a retenu un usufruit ou un droit de passage (2). Ce pacte

de Stéphane reproduites aux Basiliques, outre des *indices* proprement dits, des prothéories très caractéristiques et des παραγραφαί (*adnotationes*) qui, en dépit des dénégations de Zachariae (V. *op. cit.*, p. 281), faisaient partie intégrante de l'Index. Ferrini, sur ce point, a fourni des preuves décisives, *B. d. Ist. d. div. Rom.* III, par exemple : *Bas.* III, p. 379 : τὸ πλάτος ἔχει... καί φησι παραγραφόμενος ὁ Στέφανος; *Bas.* IV, p. 248 : ἐν ταῖς εἰς τὸν Ἴνδικα παραγραφαῖς πάλιν λέγει, κ. τ. λ. — *d*) Zachariae écrit. *op. cit.*, p. 282, que Stéphane distingue entre Nomothète et *Nomicus* (mit letzterem bezeichnet er den einzelnen Jurisconsultus, mit ersterem denjenigen, der die Digesten abgefasst und publicirt hat). Cette distinction n'est certainement pas faite par notre auteur. — *d*) Stéphane est qualifié de *praeceptor orbis terrarum*. C'était le titre officiel des professeurs des écoles de droit de Constantinople et de Béryte. Il ne faut pas, sur la foi d'une scholie de Théodore, *Bas*, *I*, p. 698, réserver ce titre seulement aux professeurs antérieurs à l'an 500. On retrouve ce titre aux VIII[e] et IX[e] siècles, V. Zonaras, XV, 3 et *Script. post. Theoph.* : P. 88. — *e*) Sur le style et les procédés d'exposition et de discussion de Stéphane, et par suite sur les moyens de reconnaître un texte de ce scholiaste, on trouvera de précieuses indications dans Zachariae, *Z. der. S. St.*, X, p. 253, et dans l'article précité de Ferrini. — *f*) Enfin notons, avec Ferrini, *Per il XXXV anno d'insegnamento di P. Serafini, Studi giuridici*, Florence, 1892, p. 29-32, que Stéphane utilisa des *subsidia optimae notae*, ce qui donne du prix à sa doctrine sur les pactes.

(1) C'est par suite d'une erreur (d'ailleurs corrigée au *Manuale Basilicorum*) que Heimbach a mis sous le nom de Cyrille la grande scholie τῶν πακτῶν, Bas. I, p. 157. La première phrase est bien de Cyrille, mais tout le reste est de Stéphane. — On rapprochera de la scholie de Stéphane la scholie du Digeste de Théophile provenant d'Oxyrhyncos (février 1910) transcrite par Lodi et publiée, dans le *Bull. dell' Istit. di dir. Romano*, XXIII, p. 181-203, par Filippo Vassali. L'attribution à Théophile est, du reste, contestée et contestable : cf. Francisci, *Rendiconti del R. Instituto Lombardo*, sér. II, vol. XLV, 217, et Peters, *Die ostromischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, 1913, p. 100.

(2) Des mots : τὸν οὐσουφροῦκτον ἢ τὴν χρῆσιν ἢ τὴν πάροδον, I, 2, Leunclavius a seulement traduit les premiers et les derniers. Heim-

est confirmé spécialement (ἰδικῶς) par une loi : c'est donc une convention légitime. Le droit réel d'usufruit ou de servitude prédiale est créé et peut faire l'objet d'une *vindicatio* (ἐκδίκησις). — Quelle est la loi qui a validé la convention ? Le texte est muet, mais la réponse n'est pas difficile à trouver. Un peu après avoir parlé des *pacta in traditione inita*, Stéphane parlait de l'effet libératoire *ipso jure* attaché par la loi aux pactes *de furto* et *de injuriarum actione*. Or, il paraît bien que la loi des XII Tables elle-même avait attribué au pacte rémissoire cet effet d'éteindre entièrement les actions de vol et d'injure (1). Il faut donc admettre que Stéphane et notre auteur faisaient remonter à la loi des XII Tables, et la validation d'un pacte adjoint à une tradition (2), et la célèbre règle énoncée par Gaius : *In traditionibus rerum quodcumque pactum est, id valere manifestum est* (3). Il est superflu d'observer que nous ne savons pas au juste ce que prescrivait ici la loi décemvirale, ni même si Gaius avait rédigé son texte tel qu'on le voit rapporté au Digeste. Il y a déjà longtemps que Jacques

bach, dans le passage correspondant des Basiliques, I, p. 557, a traduit τὴν χρῆσιν par *reditus* et négligé de traduire πάροδον. Notre traduction se justifie par cette considération que, dans les textes, V. Harménopule, *Prompt.*, II, 10, ἡ χρῆσις, ἡ χρῆσις τῶν καρπῶν signifient constamment l'usufruit, et que πάροδος désigne ordinairement la servitude *actus*. Cf. *Bas.*, LVIII, 3, 1, et Perrini, *Bas. Suppl.*, p. 141 : πάροδος, ἐστι τὸ ἐλαύνειν θρέμμα ἢ ὑποζύγιον. Le même mot, d'ailleurs, s'emploie aussi pour désigner les promenoirs des maisons. Cf. *Basilii Prochiron*, XXXVIII, 6, et l'Hexabiblos d'Harménopule, II, 4, 46 : Εἰ δέ τις ἀπὸ βαστερνίων ἤγουν τῶν λεγομένων παρόδων ἤτοι διαβατῶν ἄποψιν ἔχει ἐπὶ θάλασσαν. V. aussi la constitution de Zénon, C. J. VIII, 10, 4, et Du Cange, *Glossarium mediae et infimae Graecitatis*, v° Βαστέρνια.

(1) LL. 17 § 4, 17 § 1, D. II, 14. Cf. G. Noodt, *De pactis et transactionibus*, ch. 13, *opp.* Leyde, 1765, I, p. 427; Ed. Cuq, *Institutions juridiques*, I², 1904, p. 111, et II, 1902, p. 469; Girard, *Manuel*³, 1911, p. 407.

(2) *Bas.* I, p. 557 : νόμος λέγων ἐρρῶσθαι τὰ ἐν τῇ τραδιτίονι γινόμενα σύμφωνα.

(3) Ce texte D. II, 14, 48 appartient à un ouvrage de Gaius sur les XII Tables. Cf. Basil. XI, 1, 47 : Ὅπερ ἂν συμφωνηθῇ ἐν τῷ παραδίδοσθαι τὸ πρᾶγμα, ἔρρωται.

Godefroy proposait de lire *mancipationibus* au lieu de *traditionibus* (1). Comment croire, en effet, que la loi des XII Tables eût permis de constituer sur un fonds dont on faisait simplement tradition, au moyen d'un simple pacte adjoint, une servitude quelconque? Ajoutez que l'usufruit, dont l'établissement par pacte adjoint à la tradition est un des exemples cités par Stéphane et notre auteur, n'existait sûrement pas au temps des XII Tables (2); que, si Gaius a écrit son texte tel que nous le possédons, peut-être a-t-il voulu dire que la tradition du fonds donnait une certaine efficacité à des conventions telles que celles d'*uti frui*, d'*ire agere licere*, d'*aquam ducere licere*, etc. Le *tradens* poursuivi par une action prohibitoire invoquera l'exception *pacti*. Mais comme un *jus servitutis* n'est pas vraiment constitué, le *tradens* fera d'ordinaire une *stipulatio pacto subdita* pour suppléer, tant bien que mal, à l'unique moyen défensif que le pacte fournit (3).

Au reste il importait peu, sans doute, à Stéphane et à notre auteur que l'on pût, en toute vérité, faire remonter ou non à la loi des XII Tables la possibilité de créer des servitudes par pacte adjoint à une tradition. Il leur suffisait que Justinien parût rattacher cette possibilité à la loi décemvirale pour qu'ils se crussent en droit de ranger la réserve de servitude dans la tradition parmi les conventions légitimes.

*

Avant que de passer à d'autres exemples de conventions légitimes, l'auteur de la *Meditatio* s'arrête un ins-

(1) Cf. *Probationes ad Tabulam VI de jure dominii et possessionis*, au Trésor d'Otton III, p. 107. Cf. A. Pernice, *Labeo*, III (1892), p. 114.

(2) L'usufruit n'apparaît pas avant la seconde partie du VIe siècle *ab U. C.*

(3) L. 33 pr. D. VIII, 3 : ... *recte servitutibus impositam ait maxime si parta stipulatio subdita sit*. Voir cependant Collinet : *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, Paris, p. 144 et s., et la *Tradition des servitudes dans le droit de Justinien*, dans *Mélanges Girard*, I, p. 195.

tant pour nous communiquer une réflexion. La *vindicatio servitutis* sera donnée en cas de convention jointe à une tradition à l'effet de retenir une servitude, bien que cette convention « paraisse être en quelque sorte une *nuda conventio*, κἂν ψιλὸν πως εἶναι δοκεῖ » (1). Sans aucune précaution de langage, Stéphane avait simplement écrit que notre convention était un pacte nu générateur d'action : ἀπὸ ψιλοῦ πάκτου συνίσταται ἀγωγή (2). Cette déclaration concorde au reste avec les déclarations catégoriques qu'on trouvera plus bas. Tandis que l'adversaire de notre auteur ne veut appeler nu, ni le pacte adjoint à une tradition, ni le pacte adjoint à un contrat (3), notre auteur appelle nues toutes les conventions qui ne donnent pas naissance à un contrat nommé ou innommé (4). De telles conventions sont nues (n'ayant ni *nomen*, ni *causa*), si ce n'est dans les cas exceptionnels où elles ont été munies d'action; elles restent inefficaces, sauf le plein effet donné aux pactes rémissoires *de facto* et *de injuria* par la loi des XII Tables, sauf encore le moyen défensif par lequel le préteur a fait, dans les pactes, respecter la bonne foi (5).

Que si notre auteur — non point Stéphane — paraît hésiter à appeler nue la convention adjointe à une dation, peut-être la raison en est-elle que cette convention diffère par son but et par ses effets du pacte adjoint à un contrat. Mais ce scrupule dogmatique n'arrête qu'un moment notre auteur. C'est une nuance fugitive dans une pensée qui, pour l'essentiel et les détails, suit docilement la pensée du maître œcuménique.

(1) I, 2 *in fine*.
(2) *Bas.* I, p. 557.
(3) V, 11.
(4) III, 1, 4; IV, 2; V, 6, 9, 10, 35; VI, 13, 15.
(5) D. II, 14 et 5, pr., et § 7.

Le second exemple est celui d'une convention à l'effet de constituer une dot (1). On sait qu'à l'époque classique, il fallait, pour constituer une dot, une dation ou une *promissio* ou une *dictio dotis* (2). Au Bas-Empire, la *dictio dotis* disparut, mais les empereurs Théodose II et Valentinien III sanctionnèrent, par une action, la convention *de dote constituenda* (3). La convention est donc devenue légitime. On observera qu'elle est confirmée, non par une loi ou un sénatus-consulte, mais par une constitution impériale. Sur cette convention, notre auteur se borne à reproduire ce qu'avait dit Stéphane (4).

Le troisième exemple donné (5), toujours d'après Stéphane, est celui d'une convention d'intérêts accompagnant un prêt fait par une cité. C'est une règle bien connue que les intérêts conventionnels d'une somme donnée en *mutuum* ne sont pas dus tant qu'ils n'ont pas été stipulés (6). A cette règle il avait été apporté, au cours des siècles, plusieurs dérogations : πολλῶν ὄντων θεμάτων, ἐφ' ὧν καί ἀνεπερώτητοι τόκοι καὶ ἐκ συμφώνου μόνου τίκτονται (7). Une exception existait notamment au profit des cités prêteuses : *Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae creditarum ab iis pecuniarum* (8). Un scholiaste récent affirme, aux Basiliques, que cette

(1) I, 3.

(2) Ulp. Reg. VI, 1. Cf. Czyhlarz, *Das römische Dotalrecht*, 1870, p. 91 et sqq.; Bechmann, *Das römische Dotalrecht*, 1867, II, p. 63, sqq.; Pellat, *Textes sur la dot*, 1853, p. 1 sq.

(3) C. Th. III, 13, 4; C. J. V, 11, 16, 25, 29.

(4) *Bas.* I, p. 557, cf. *Bas.* XXIX, 1, 86; Heimbach, III, p. 430.

(5) I, 3.

(6) C. J. IV, 32, 3.

(7) Nov. 136, ch. 4.

(8) D. XXII, 1, 30.

exception avait été introduite par une loi (1). On incline plutôt à penser que cette exception est l'exemple qui semblait promis par notre texte, et aussi par le Digeste (2), d'une convention confirmée par un sénatus-consulte resté inconnu pour nous (3).

Le quatrième exemple de convention légitime apporté par l'auteur de la *Meditatio*, — toujours d'accord avec Stéphane (4), — est celui d'une convention *de pignore* sanctionnée par « l'action servienne, même si la convention est tacite ». Ici, l'exégète éprouve quelque embarras. La convention d'hypothèque fut sanctionnée à Rome, non par une loi, mais par le préteur. Comment peut-on donner le pacte d'hypothèque comme un exemple de pacte confirmé par une loi ou un sénatus-consulte ou une constitution impériale? Notre auteur évidemment s'abrite sous l'autorité de Stéphane, à ses yeux décisive. Mais comment expliquer le langage de Stéphane? Langage d'autant plus surprenant que Stéphane saura très bien nous dire ailleurs et sans ambages qu'il n'y a pas eu de loi pour sanctionner le pacte d'hypothèque, et que c'est le préteur qui a créé l'action hypothécaire (5). Peut-être le juriste du VI[e] siècle a-t-il été incité à parler comme il a fait par l'arrangement qu'ont apporté les compilateurs à un texte de Paul, le fragment 17 § 2, D. II, 14. Les compilateurs voulaient utiliser ce texte pour illustrer la maxime placée, dans la loi 6, D. h. t., sous le nom du même jurisconsulte : *Interdum ex pacto actio*

(1) *Bas.*, I, p. 565 : ἐκεῖνο γὰρ ἰδικοῦ νομίμου ἐστίν.

(2) I, pr. ; cf. D., II, 14, 6.

(3) Cf. Ferrini, *Mélanges* P. Serafini, 1892, p. 29-32. A. Fabre, *Rationalia in Pandectas*, Lyon, 1659, I, p. 167 : *Hujusmodi tamen pactorum senatusconsulto aliquo confirmatorum nullum extat in libris nostris.*

(4) *Bas.*, I, p. 557.

(5) *Bas.*, I, p. 586, Sch. Τινάς... : τὸ πάκτον συνίστησι τὴν ὑποθηκαρίαν, ἐπειδὴ κἂν μὴ νόμος ἰδικός, ἀλλ' οὖν ὁ πραίτωρ ἰδικώτερον τὸ περὶ ταύτης ἐκύρωσε σύμφωνον.

nascitur vel tollitur. Or, Paul, dans le passage d'où les compilateurs tiraient la loi 17, fournissait bien un exemple d'action écartée *ipso jure* (1) et un exemple d'action écartée *exceptionis ope* (2), mais d'exemple d'action née d'un pacte, Paul n'en fournissait pas. Et comme les compilateurs, si légers que fussent leurs scrupules historiques, ne pouvaient pas faire citer par Paul des conventions munies d'actions par les empereurs du Bas-Empire, ils cherchèrent et trouvèrent dans les commentaires de Paul *ad Edictum* la phrase : *de pignore jure honorario nascitur ex pacto actio*, et ils l'insérèrent entre les mots : *item furti* et *tollitur per exceptionem* (3). A la vérité, ce n'est plus ici la loi qui confirme la convention, c'est l'Édit. Mais l'Édit perpétuel ne devait-il pas avoir pour aboutissant logique la confusion du droit civil et du droit prétorien? Dès le temps d'Hadrien, l'œuvre de Julien prenait déjà quelque chose de la fixité du droit civil, puisqu'un sénatus-consulte (4) ordonnait aux magistrats d'y conformer désormais leurs propres édits (5). Et s'il est vrai que la différence entre le droit civil et le droit honoraire, a subsisté, il est vrai aussi que cette différence s'atténue graduellement et que,

(1) D., II, 14, 17, 1 : *Quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur ut injuriarum, item furti.*

(2) D., II, 14, 17, 2 : ... *Tollitur autem per exceptionem quoties paciscor ne petam.*

(3) Cf. Manenti, *op. cit.*, VIII, p. 106.

(4) Const. Tanta, 18 et Const. Δέδωκεν, 18. Sur les mots de cette dernière constitution : κατὰ τὸν λόγον, ὅν ἐν κοινῷ διεξῆλθεν (Ἀδριανός) ἐπὶ τῆς πρεσβυτέρας Ῥώμης, on lira dans Girard, *Mélanges de droit romain*, Paris, 1912, I, p. 226 d'intéressantes observations. Cf. Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*[2], Leipzig, 1912, p. 94, n. 8 et 9.

(5) Sur la portée du sénatusconsulte on discute. V. Boulard, *Salvius Julianus*, 1902, p. 39, n. 5; Accarias, *Précis de droit romain*[4], 1886, p. 54; Ed. Cuq, *Mémoire sur le consilium principis*, 1884, p. 330, et *Dictionnaire des antiquités* de Daremberg et Saglio, v° *Honorarium jus*; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 1885, I, p. 629; Girard, *Manuel*[5], p. 53; *Mélanges*, I, p. 241, etc.

pratiquement, au vi[e] siècle, elle tend à disparaître entièrement. On conçoit donc que Stéphane ait cru pouvoir, sans d'ailleurs ignorer l'origine de l'action hypothécaire (1), donner comme exemple de convention légitime le pacte d'hypothèque. Au Digeste on trouve, sous le nom de loi, des règles venues de l'Édit (2).

Le dernier exemple de convention légitime que donne notre auteur est celui de la convention de donner. Une constitution célèbre de Justinien, promulguée à Constantinople en 531, rendit la convention de donner obligatoire (3). Le mot σημέρον et les mots οἶδα δὲ ὅτι ἡ δωρεά marquaient, chez Stéphane, l'intention de souligner ce que la *condictio ex lege* attachée au pacte de donation avait de récent. Assurément notre auteur aurait pu, historien plus exact et copiste moins scrupuleux, laisser tomber le mot σημέρον.

Après les conventions légitimes créatrices d'actions, viennent les conventions légitimes (*pactiones legitimae*) qui éteignent *ipso jure* certaines actions (4). Ce sont là, écrit notre auteur, des pactes confirmés par des lois spéciales, ὑπὸ ἰδικῶν νόμων κυρούμενα (5). Et il cite les pactes faisant remise des actions *furti* et *injuriarum* (6). Nous sommes ainsi reportés à la loi des XII Tables dans laquelle on lisait (7) : *Rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt*

(1) V. *suprà*, p. 482, n. 5 et *infrà*, p. 489, n. 1.

(2) V. D., XXXVIII, 8, 1, 2; cf. Noodt, opp. I, p. 428; Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts*, éd. Seckel, 1907, v° *lex*. Quant à croire avec R. Heski, *Alcune note alla significazione della parola lex* (dans *Bull. d. ist. d. dir. Rom.*, XV, p. 169-199) que la *lex* de la loi 1, § 2, D., 38, 8 soit la loi Cincia, cela paraît vraiment trop difficile.

(3) C. J., VIII, 53 (54), 35, § 5; Inst., II, 7, 2.

(4) I, pr.

(5) I, 4.

(6) I, 3*a*.

(7) Tab. I, 6, 7. Ces fragments 6 et 7 ont donné lieu à de nombreuses conjectures et corrections qu'on trouvera indiquées presque toutes dans l'ouvrage classique de Dirksen : *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung der zwölf Tafelfragmente*, Leipzig, 1824, I, p. 168 et sqq.

Les conventions du droit des gens de la troisième catégorie sont toutes celles qui ne rentrent pas dans les deux premières catégories. Stéphane et notre auteur appellent ces conventions des pactes nus (1). On voit donc que, pour le rédacteur de la *Meditatio*, la dénomination *pacte nu* a des limites bien arrêtées. D'une part elle ne s'appliquera pas aux contrats — là-dessus aucun dissentiment ni à Rome, ni à Byzance, ni ailleurs; — d'autre part elle ne s'appliquera pas aux conventions isolées qui, tout en étant munies d'actions, n'ont pas reçu le nom de contrat (2), et sur le second point, notre auteur, comme on le verra plus bas, ne sera d'accord ni avec tous les juristes byzantins, ni avec tous les romanistes d'Occident (3).

***

Qu'est-ce donc que le pacte nu?

D'après la *Meditatio* et par définition légale (4), c'est-à-dire d'après le Digeste et les Basiliques, sont pactes nus toutes les conventions, hormis les conventions dites légitimes et les contrats. D'où il suit que l'étiquette *pacte nu* recouvre deux catégories de pactes, τὸ νοῦδον ἤτοι ψιλὸν πάκτον διπλοῦν ἐστι (5).

Accarias, *Théorie des contrats innommés*, 1873, p. 17) de la prestation unilatérale et acceptée qui transforme la convention synallagmatique en contrat innommé. Mais, pour être tout à fait exact, Zachariae aurait dû remarquer tout au moins que Stéphane, s'il se trompe en effet, se corrige presque aussitôt, et, *Bas.*, I, p. 560, écrit, avec une exactitude parfaite, qu'il n'y a pas *causa* si l'une des parties n'a pas fait une dation préalable *ad dandum vel faciendum*. C'est seulement cette dernière notion de l'εὔλογος αἰτία qu'on trouve dans la *Meditatio*. Notre auteur n'est jamais tombé dans l'erreur que Stéphane a parfois commise et fait commettre.

(1) II, 2; V, 9, 35; cf. *Bas.*, I, p. 560 : Εἰπέ, ὅτι νοῦδόν ἐστι πάκτον κ. τ. λ.

(2) I, pr.-3; II, 2.

(3) V. *infrà*.

(4) V, 9; II, 3.

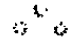
(5) V. 6. Cf. II, 3 : πάλιν οὖν ὑποδιαιρεῖται καὶ τοῦτο (τὸ *nudum pactum*).

Première catégorie. — On rangera dans cette catégorie les pactes seulement sanctionnés par une exception (1). Pour de tels pactes il est vrai de dire, avec notre auteur et les Basiliques (2), qu'il serait contraire à toute l'économie du droit de leur attribuer un pouvoir générateur d'action. Les pactes dont il est ici question, ce sont le pacte de remise d'une dette contractuelle (3), et, d'une manière générale, tous les pactes, en y comprenant même les pactes adjoints après coup aux contrats ou quasi-contrats (4) de bonne foi. Et à propos des pactes adjoints *ex intervallo*, notre auteur observe qu'ils sont ou des pactes *extra naturam contractus* (5), ou des pactes *secundum naturam contractus* (6).

Deuxième catégorie. — A cette catégorie (7) appartiennent les pactes adjoints *in continenti* : τῶν γὰρ νούδων πάκτων εἰσὶ τὰ ἐξ κοντινέντι (8). Parmi ces pactes, notre auteur distingue également les pactes *extra naturam contractus* (9) et les pactes *secundum naturam contractus* (10). En outre, il accorde une particulière attention au pacte qui est conclu *re nondum secuta*, pacte qui, en réalité, est le plus souvent un pacte *ex intervallo*, mais qui est réputé être toujours un pacte *in continenti*, comme l'explique, après Stéphane, l'auteur de la *Meditatio* : τὸ μεταγενέστερον πάκτον *integra re* γεγενημένον... *ex continenti* γεγενῆσθαι νομιζόμενον ἔλυσε τὸ συνάλλαγμα (11).

(1) II, 3, 4; III, pr. 3-5 ; V, 3, 5, 7, 35 ; VI, 9, 13, 15.
(2) II, 4. Cf. *Bas.*, I, p. 560.
(3) II, 3 ; IV, 2.
(4) II, 4; IV, 2; V, 11.
(5) IV, 4. V. *infrà*, p. 493 et 508.
(6) VI, 23.
(7) IV, pr. : τὸ ἕτερον τῆς διαιρέσεως τῶν νούδων πάκτων....
(8) V, 1. Cf. V, 9, 10 ; VI, 14, 15.
(9) V, 13.
(10) VI, 23 ; VII, 13. V. *infrà*.
(11) V, 19.

Nous avons énuméré les conventions dans lesquelles la *Meditatio* voit des pactes nus. Faut-il faire entrer dans cette énumération les conventions que les interprètes ont appelées pactes prétoriens? Si l'on se reporte aux nombreux paragraphes déjà cités, donnant les divisions et subdivisions des pactes nus, et notamment au § 9 du titre V, d'après lequel sont nues toutes les conventions qui ne sont ni des contrats ni des pactes confirmés par une loi ou un sénatus-consulte, on sera tenté de répondre affirmativement. Et cependant nous estimons, pour les raisons déjà exposées à propos de la convention *de pignore* (1), que l'auteur de la *Meditatio* devait ranger les *pacta praetoria* parmi les conventions légitimes. A la vérité il ne s'est pas expliqué là-dessus, mais parce qu'il jugeait superflue, après ce qu'il avait déjà dit du pacte d'hypothèque, une explication relative aux pactes de serment et aux autres pactes prétoriens. D'ailleurs, après les grandes réformes de Justinien sur le pacte de constitut et le *receptum argentariorum*, ce n'est point forcer le sens de l'expression *conventio legitima* que de l'appliquer au constitut *ex jure novo* (2).



Examinons maintenant les hypothèses de pactes nus prévues par notre auteur.

A la première catégorie (3), celle des pactes nus *ex intervallo*, lesquels engendrent seulement une exception (4), la *Meditatio* rattache les pactes suivants :

(1) V. *suprà*, p. 484.
(2) V. C. J., IV, 28, 2. — Ce qui n'empêche pas d'ailleurs Stéphane, V. *Bas.*, I, p. 560, l. 8, de reconnaître l'origine prétorienne de l'action *constitutae pecuniae*. Cf. p. 482, n. 5.
(3) V. *suprà*, p. 484, n. 2.
(4) Cf. III, 4; IV, 2.

a) Le pacte de remise d'une dette non délictuelle. Ce pacte est trop connu pour qu'il soit nécessaire de s'y arrêter (1).

b) Le pacte ayant pour objet la restitution, *soluto matrimonio*, mais avant le temps où elle est légalement obligatoire, des choses dotales qui se comptent, se pèsent ou se mesurent (2). Pour l'époque classique l'hypothèse se construit aisément : on sait que, dans le cas de divorce ou de prédécès du mari, la dot doit être, en règle, restituée, et que, s'il s'agit de choses *quae pondere*, *numero*, *mensura constant*, la restitution a lieu en trois annuités (3). Mais rien n'empêchait de convenir, *in dote danda* ou même *constante matrimonio* (4), d'une restitution immédiatement consécutive à la rupture du mariage (5). Une telle convention pouvait intervenir aussi après la dissolution du mariage (6) : c'est le cas prévu dans la *Meditatio*. Mais il est clair que cette convention ne produisait pas alors d'action contre le mari : *pactum non valebit*, écrivait Ulpien, *ne ex pacto actio nascatur* (7). — Au VI[e] siècle et dans le droit postérieur, l'hypothèse pratique n'est plus tout à fait celle sur laquelle raisonne l'auteur de la *Meditatio* : Justinien a généralisé l'obligation de restituer, il a substitué le délai d'un an aux trois annuités, et étendu, sans beaucoup de raison, ce délai à l'obligation de restituer n'importe quelle chose

(1) II, 3.

(2) II, 3, 4; IV, 2, cf. *Bas.*, I, p. 601.

(3) Ulp. Reg., VI, 8, 10. Cf. Czyhlarz, *op. cit.*, p. 374; Bynkershoeck, *Obser. juris romani*, VII, 19. édit. Vicat, 1761, I, p. 227.

(4) *Bas.*, I, p. 603, sch. Οἷον : ... ἐν τῇ ἐπιδόσει τῆς προικὸς ἢ ἐν ὅλῳ τῷ καιρῷ τῶν γάμων. Cf. p. 491, n. 5.

(5) Ulp. Reg., VI, 8; C. I, II, 3, 16; *Epit. legum*, XI, 3; *Proch. auctum*, XXI, 1.

(6) L. 7, § 5, D. II, 14 : ut puta post divortium convenit ne tempore statuto dilationis res reddatur, sed statim. Cf. L. 27, § 2, D. h. t.; *Bas.*, I, p. 603 et Bechmann, *op. cit.*, II, p. 394.

(7) Cf. III, 5.

dotale mobilière (1). Pourquoi notre auteur n'a-t-il pas choisi l'hypothèse pratique à son époque? Sans doute parce qu'il suivait docilement le commentaire de Stéphane, qui, pour commenter un texte du droit ancien (2), n'avait voulu considérer que le système de l'ancien droit. Le scholiaste d'Harménopule — peut-être Harménopule lui-même (3), — copiste moins servile, écrit plus exactement (4) : « C'est la loi que les choses dotales soient restituées après un an. Mais si, le mariage étant dissous, la femme convient que ses meubles dotaux seront aussitôt rendus, cette convention ne l'aide en rien, n'ayant pas été faite *initio contractus*, διὰ τὸ μὴ ἐν ἀρχῇ γενέσθαι τοῦ συναλλάγματος » (5). Et, pour éviter toute équivoque, le scholiaste ajoute : « Si au contraire la femme convient que même l'immeuble dotal sera restitué *post annum*, le pacte servira au mari » (6).

c) Le pacte ayant pour objet de majorer les intérêts dus *ex tutela* par un tuteur à son pupille (7).

On sait que ces intérêts couraient de plein droit et qu'ils étaient calculés *ex more regionis*. On conçoit que, *finita tutela*, le tuteur, ne pouvant pas payer immédiatement les sommes qu'il doit *ex tutela*, s'entende avec son ancien pupille, et que d'un commun accord les inté-

(1) C. J., V, 12, 1. — On lit *Bas.*, I, 603, sch. 15 : φύσις ἐστὶ τῆς προικὸς τὸ μετ' ἐνιαυτὸν τὰ κινητὰ στρέφεσθαι. Cf. *infrà*.

(2) L. 27, § 2, D., II, 14.

(3) Cf. H. Monnier : *La Novelle L de Léon le Sage et l'insinuation des donations*, Paris, 1912, p. 46, n. 6.

(4) V. *Manuale legum sive Hexabiblos*, éd. Gustave-Ernest Heimbach, p. 126, *in fine*. Cf. *Bas.*, I, p. 603.

(5) Sur ce qu'il faut entendre par l'*initium contractus* : Stephane écrit, *Bas.*, I, p. 561, l. 9 : ἀρχὴν δὲ λέγω τοῦ συναλλάγματος πάντα τὸν τοῦ γάμου καιρόν. Voy. aussi, la scholie récente : *Bas.*, I, p. 603 : οἷον νεαρᾶς. L'idee, c'est que le pacte est fait *initio contractus*, s'il est fait avant l'ouverture de l'action *de dote*. Cf. p. 490, n. 4.

(6) Συμβάλλεται τοῦτο τῷ ἀνδρί.

(7) L. 7, § 5, D. II, 14; L. 7, § 10, D. XXVI, 7. Cf. *Bas.*, I, p. 541, l. 16; I, p. 564, l. 13.

rêts soient portés à un taux plus élevé (1). Mais si les parties se sont bornées à un simple pacte, c'est en vain que l'ex-pupille prétendrait obtenir le supplément d'intérêts promis en intentant l'*actio tutelae* qui sanctionne le quasi-contrat de tutelle. Le nomothète (Stéphane) et notre auteur lui diront que le pacte n'étant pas contemporain du quasi-contrat (2), l'*actio tutelae* ne peut servir de rien. Soutenir le contraire, ce serait soutenir que d'un pacte nu peut naître une action. Or c'est là une proposition dont le maître œcuménique proclame de toutes ses forces l'absurdité, et qui est contraire, dit-il, à toute l'économie des lois.

A ces exemples de pactes nus s'en ajoutent d'autres (3) que notre auteur donna le lendemain du jour où il avait commencé son exposé (4). Ces nouveaux exemples, plus tard reproduits avec quelques développements dans les scholies du *Promptuarium* d'Harménopule (5), les voici en peu de mots :

a) Le vendeur est, en droit commun, tenu de fournir la *cautio duplae* pour le cas d'éviction, mais cette *cautio* est une *nuda repromissio*. Donc le pacte *ex intervallo*

(1) *Bas.*, I, p. 566, l. 3 : μείζονας (τόκους) δὲ τῶν κατὰ κλίμα συχναζόντων.

(2) *Bas.*, I, p. 561 .... Ἐπειδὴ μὴ ἐν ἀρχῇ τοῦ συναλλάγματος ἤτοι ὡσανεὶ συναλλάγματος τὸ πάκτον ἐγένετο.... Stéphane fait ici une observation analogue à celle qu'il a faite pour la dot : l'*initium* du quasi-contrat c'est tout le temps de la tutelle : ἀρχὴν δὲ λέγω τοῦ ὡσανεὶ συναλλάγματος πάντα τὸν τῆς ἥβης καιρόν. D'où les scholiastes tirent cette conséquence : si le pupille a fait, encore *in pupillari aetate*, un pacte, *ut majores usuras acciperet*, ce pacte donne comme une *nova lex* à l'action tutelae. Cf. *Bas.*, I, p. 603, Sch. Οἷον : ὥρισται τοῖς νόμοις ὁποίους τόκοις χρὴ τὸν ἐπίτροπον διδόναι τῷ ἀνήβῳ. Εἰ δὲ ὁ πούπιλλος συμφωνήσει μείζονας τῶν διατεταγμένων λαβεῖν, εἰ μὲν ἔτι νήπιος ὢν συμφωνήσει, ἔρρωται τὸ σύμφωνον. Τικτομένη γὰρ αὐτῷ μετὰ τὴν ἥβην ἡ τουτέλαε εὑρήσει τὸ σύμφωνον ἤδη γενόμενον καὶ μεταμορφοῦται δι' αὐτοῦ καὶ καλῶς ἀπαιτεῖ τὸν βαρύτα τὸν τόκον. Cf. la Glose sur la loi 7, § 5, D. II, 14, et Cujas, opp. 1780, VIII, p. 639, *in fine*.

(3) IV, 4.

(4) III, Pr.

(5) Cf. Harménopule, *op. cit.*, p. 126 et 790.

conclu pour obliger le vendeur à fournir un fidéjusseur est un pacte nu *extra naturam contractus* (1).

b) Il en sera de même si l'on convient, par pacte postérieur, entre déposant et dépositaire que ce dernier sera tenu de sa négligence, bien qu'en droit commun il ne soit responsable que de sa faute lourde ou de son dol.

c) Il en sera encore de même si, entre commodant et commodataire, on convient *ex intervallo* que ce dernier répondra des cas fortuits (2).

Dans toutes ces hypothèses on tente de juxtaposer à l'obligation du droit commun une autre obligation. Stéphane disait très nettement que les Prudents (οἱ σοφοί) avaient originairement fixé pour chaque contrat une nature propre, et que si l'on s'en tenait à cette nature propre, le dépositaire ne répondait pas de sa faute, ni le commodataire des cas fortuits (3).

* * *

Venons aux pactes nus de la seconde catégorie : τὸ ἕτερον τῆς διαιρέσεως τῶν νούδων πάκτων (4).

Ces pactes sont les pactes adjoints *in continenti*. Une technique précise est contrainte d'y voir des pactes nus (5), puisque par définition légale (6-7) les *pacta in continenti adjecta* ne sont ni des conventions légitimes ni des contrats. Toutefois ce serait commettre une grave méprise que de les abaisser au niveau des pactes *ex intervallo*. Les pactes *in continenti* ont, lit-on dans la *Meditatio*, une autre *nature*

(1) V. *infrà*, p. 508, n. 3.
(2) Cf. *Bas.*, I, p. 561.
(3) Cf. *Bas.*, I, p. 561, l. 42 et sqq. — V. *infrà*.
(4) IV, pr.
(5) V. 9, 10.
(6) V. p. 481, n. 4.
(7) V. 9 : Νοῦδα οὖν ὡς ἀληθῶς καὶ τὰ *ex continenti* καὶ εἰκότως. Cf. VI. 12-15.

et une autre *force* (1). Tandis que le pacte *ex intervallo* n'engendre qu'une exception, le pacte *in continenti* s'incorpore au contrat de bonne foi ; l'action qui sanctionne le contrat va sanctionner le pacte. En d'autres termes le pacte profite à l'*actor* : τῷ κινοῦντι συμβάλλεται (2). Notre auteur déclare qu'il ne s'attardera pas à donner des exemples qui sont manifestes. On n'a, en effet, pour trouver de tels exemples tout proches, qu'à reprendre l'hypothèse déjà indiquée d'un pacte ayant pour objet l'engagement de fortifier par une *satisdatio* la *promissio duplae*. Fait *ex intervallo*, un tel pacte ne donne aucune action à l'acheteur; fait *in continenti*, il lui donnera l'action *emti*.

Notre auteur s'attache spécialement (3) — πρὸς σαφήνειαν, — à l'examen du pacte qui intervient *re nondum secuta* pour anéantir les obligations nées d'un contrat consensuel. On verra en effet plus tard que cet examen était nécessaire pour résoudre, par analogie, le litige à propos duquel la *Meditatio* avait été rédigée.

Rappelons d'abord les règles du droit ancien. Le pacte en question consistait en ceci : un contrat consensuel (4) a été conclu, mais aucun des contractants ne l'a encore exécuté. Les choses étant donc, comme on dit, entières, les parties conviennent d'abandonner le contrat. Le pacte opère *ipso jure*. Si l'on suppose, par exemple, que le contrat est une vente, on dira avec Pomponius : *Conventione nostra infecta fit emptio* (5).

(1) V, 9 : ἑτέρας φύσεως καὶ ἰσχύος.

(2) V, 5.

(3) V, 18, 35.

(4) Inst. III, 29, 4.... Si Titius et Seius inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde, re non secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos ut discederetur ab ea emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione, et in omnibus contractibus qui ex consensu descendunt. Cf. Théophile, *Paraphrasis graeca*, eod. tit., édit. Ferrini, p. 381.

(5) L. 2, D., XVIII, 5. On trouve aussi les expressions *abire ab emtione*,

Ce que le simple accord avait créé, le simple accord en sens inverse le dissout : *quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt* (1). Le contrat disparaît comme s'il n'avait jamais été passé (2). Tel est l'effet de ce que les interprètes ont appelé : mutuel dissentiment, *mutuus dissensus*, et les jurisconsultes Romains : *dissensus contrarius* (3), *dissensus* (4), *contraria volontas* (5), *nuda voluntas* (6), *nudus consensus* (7). Il n'y a pas lieu ici, comme dans la *nexi liberatio* ou l'acceptilation, de parler de *solutio imaginaria* (8). Les obligations tirées du contrat consensuel s'éteignent parce que les parties reviennent, comme on leur permet de le faire, sur la volonté qui a créé les obligations (9). Bechmann (10) objecte qu'une déclaration de volonté est un fait, et que rien ne peut empêcher qu'elle ait eu lieu. Il est vrai. Mais le droit peut la traiter comme si elle n'avait pas eu lieu, et c'est ainsi que la traite le droit romain.

On a supposé les choses entières, c'est-à-dire le *contrarius consensus* intervenu *antequam res fuerit secuta* (11). Les juristes romains allèrent plus loin. Invo-

discedere, recedere, dissolvere. V. LL. 7, § 6, D. II, 14 ; 6, § 2, 72, D. xviii, 1 ; L. 5, D. xviii, 5 ; L. 35, D. L., 17 ; L. 1, 2, C. J. IV, 45. Cf. Accarias, *op. cit.*, II, p. 383, n. 2.

(1) LL. 35, 100, 153, D., L, 17; *Bas.*, II. 3, 10. Cf. Stéphane, I, p. 566 : διάθεσις συνέστησε τὸ συνάλλαγμα καὶ διάθεσις ἔλυσε.

(2) *Bas.*, I, p. 637, sch., ἐπὶ τῆς (Stéphane) : οὕτως ἐστίν, ὥστε μήτε γεγονὸς τὴν ἀρχὴν συνάλλαγμα.... Et *Bas.*, I, p. 565 : δοκεῖ τὸ συνάλλαγμα ὥσπερ νοθατεύεσθαι. Cf. *Bas.*, I, p. 568, sch. Εἰ γὰρ καί.

(3) D., xlvi, 3, 80.

(4) D., xvii, 2, 65 § 3.

(5) Inst., III, 29, 4; L., 3, D., xviii, 5.

(6) C. J., IV, 45, 1.

(7) LL. 35, D., L. 17; 5 § 1, D., xviii, 5. Les Grecs disent : ἐναντία βούλησις. Cf. Théoph. édit. Ferrini, p. 381, διχόνοια, *Bas.*, II, p. 773, etc.

(8) Gai. III, 169, 173.

(9) Cf. Leist, *Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsakt.*, 1876, p. 6, sq.

(10) *System des Kaufes nach gemeinem Recht*, 1884, I, p. 471.

(11) L. 3, 5 § 1, D., xviii, 1.

quant le caractère de bonne foi du contrat et de la convention qui l'a suivi, *quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit* (1), Ariston fit prévaloir l'idée qu'il serait équitable de donner effet au mutuel dissentiment quand un des contractants, ayant seul exécuté son obligation, serait en mesure de restituer et qu'il restituerait en effet ce qu'il avait reçu pour, d'un commun accord, rétablir les choses en l'état où elles se trouvaient au moment de la formation du contrat (2-3).

C'est seulement quand ce rétablissement est impossible ou que le contrat a été exécuté des deux côtés qu'il est trop tard pour user du mutuel dissentiment. On peut faire un nouveau contrat, mais non plus libérer les contractants d'obligations déjà remplies.

Ordinairement les contractants n'abandonneront *contrario consensu* le contrat conclu que pour lui en substituer un autre. Si c'est une vente, les parties l'abandonnent et la remplacent par une autre : *Discessimus a priore actione*, disait encore Pomponius, *atque ita consistit posterior emptio quasi nulla praecesserit* (4). Le sens pratique et les textes nous avertissent que souvent le contrat nouveau ne différera de l'ancien que par une simple modification dans l'objet ou le prix, par la suppression d'une condition, l'adjonction de charges accessoires. Mais comme le pacte nouveau se suffit à lui-même, et qu'une juste analyse y trouve aisément la double

(1) L. 58, D., II, 14 (Neratius). Cf. P. Van Wetter, *Pandectes*, Paris, 1910, IV, p. 428. — On reviendra plus tard, en discutant l'espèce litigieuse à propos de laquelle fut rédigée la *Meditatio*, sur cette loi 58 de Neratius.

(2) Ariston invoquait la bonne foi et non pas la logique. Il est clair, en effet, que le raisonnement juridique ne permettait pas de conclure de la restitution de l'objet presté à la résurrection de la créance éteinte par la prestation. Cf. Girard, *Manuel* [5], p. 717, n. 3.

(3) Cf. *Bas.*, XI, 1, 57, et la sch. ἐπὶ τῆς.

(4) L. 2, D., XVIII, 5. Cf. Stéphane, *Bas.*, I, p. 567, l. 3 et sqq.

volonté d'abandonner le premier contrat pour lui en substituer un autre (1-2), on comprend que les Romains aient encore admis, en de telles hypothèses, l'application des règles du mutuel dissentiment : *Si potest tota res tolli, cur non et reformari, ut quodam modo quasi renovatus contractus videatur* (3).

Est-ce à dire que toute convention modificative intervenue *rebus integris* doive être considérée comme un *mutuus dissensus* et en produire les effets (4) ? Non, certes. Souvent la convention n'aura que les effets ordinaires d'un pacte adjoint ; en d'autres termes, si elle est faite *in continenti*, elle s'incorporera au contrat, et si elle est faite *ex intervallo*, même *detrahens aliquid* (pour parler comme Papinien) (5), elle produira une simple exception (6). Il serait, en effet, déraisonnable d'interpréter toujours et aveuglément la volonté des parties dans le sens d'un anéantissement du contrat déjà passé. D'où

(1) Les deux volontés se subordonnent ; donc, point de nouveau contrat si le premier n'existe pas ou si le nouveau contrat est seulement conditionnel, L. 7, D., XVIII, 5.

(2) *Bas.*, XIX, 1, 72 (Suppl. Zach., p. 200) : εἰ δὲ πάντων ἀκεραίων ὄντων δόξει αὐξηθῆναι ἢ μειωθῆναι τὸ τίμημα δοκοῦσι λύειν τὴν προτέραν πρᾶσιν καὶ νέαν ποιεῖν. Cf. *Bas.*, XI, 1, c. 7, th. 2.... ἔξεστι καὶ ὑπαναχωρεῖν ἐκ συμφώνου τελείως καὶ μερικῶς.

(3) L. 7, § 6, D., II, 14.

(4) L. 13, C. II, 3 : In bonæ fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit si ex continenti fiat : nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit. Cf. L. 7, § 5, D., II, 14.

(5) L. 72, D., XVIII, 1.

(6) *Bas.*, XI, 1, 7, th. 2 : μόνα γὰρ τὰ ἐν ἀρχῇ συμφωνούμενα τυποῦσι τὰς ἀγωγάς. — Il ne faut pas argumenter des premiers mots de la loi 72, D., XVIII, 1 : *Quæ postea facta detrahunt aliquid contineri contractui videntur*, pour soutenir que le *pactum detrahens* opère *ipso jure* : Papinien veut simplement dire que l'*exceptio pacti* n'aura pas besoin, pour être invoquée *in judicio* contre le demandeur, d'avoir été insérée dans la formule : *bonæ fidei judicio exceptiones pacti insunt*, L. 3, D., XVIII, 5. — V. *infra*, p. 502, n. 1. Cf. Cujas, *Observ. et Emendationum*, lib. XIV, 28 ; Merillius, *Variant.*, *ex Cujacio*, XXV, dans les *Opera Cujacii*, éd. Venise, 1758, III, p. 804 ; Noodt, *De pactis*, éd. cit., p. 421 ; Girard, *Manuel*[5], p. 509, n. 2. — Voir pourtant Van Wetter, *Pandectes*, 1910, IV, p. 277, n. 4.

notamment cette conséquence : le pacte simplement productif d'exception pourra être détruit par un second pacte qui rendra au contrat les pleins effets dont le premier l'avait privé : *posterius pactum potest renovare priorem contractum* (1).

Veut-on des exemples?

Une vente a été faite avec une alternative. Le vendeur livrera *togam aut lancem*. Puis les choses étant entières, on convient de supprimer l'alternative. La *toga* reste seule *in obligatione*. Ulpien nous dit que la vente subsiste ainsi réduite (2). Plus généralement, une vente subsistera après que les parties seront convenues, par pacte postérieur, de diminuer la quantité ou l'étendue de la *res empta* sans rien changer au prix (3), ou encore quand les parties seront convenues que la *cautio duplae* ne sera pas fournie (4). Il faudrait de très formelles précisions dans le pacte conclu après la vente pour appliquer ici les règles du *mutuus dissensus*.

Au contraire, il est des cas ou les juristes ont jugé soit utile, soit même nécessaire, de voir dans la convention subséquente un contrat nouveau (5), et cela, parce que la volonté des parties s'interprétait naturellement ou forcément en ce sens, qu'elle suggérait ou imposait cette construction juridique (6). Ainsi : on a changé complètement la *res vendita*, on a ajouté des obligations accessoires aux obligations normales des parties. Spécialement, dans ce second exemple, qui ne voit que, le plus souvent, on trahirait la volonté des parties en considérant la convention comme un simple pacte adjoint *ex intervallo*, pacte

(1) L. 27, § 2, D. II, 14. Cf. Paul, S. R., I, 2 et *Bas.*, I, p. 567.

(2) L. 4, D., XVIII, 5.

(3) L. 27, § 2, D., II, 14. Cf. *Bas.*, I, p. 601. Cf. Πεῖρα, XLV, 12, *infrà*.

(4) L. 72, D., XVIII, 1.

(5) Les Byzantins diront que le contrat prend une nouvelle nature ; *Bas.*, I, p. 566 : δευτέραν ὥσπερ αὐτῷ χαριζομένοι φύσιν.

(6) L. 5, D., XVIII, 5 :... *voluntas utriusque ostenditur id agentis ut a negotio discedatur*.

qui laisserait le bénéficiaire sans moyen direct d'agir? Exceptionnellement, cependant, il pourra arriver que la volonté des parties aura été de réserver au bénéficiaire exclusivement le moyen indirect de la rétention. En ce cas on s'en tiendra à l'idée d'un *pactum adjectum*. C'est ce que fait Papinien dans un texte bien connu et déjà cité, la loi 72, D.. XVIII, 1.

Enfin, il y aura encore contrat nouveau si la convention postérieure a eu pour objet d'augmenter ou même de diminuer le prix. Paul est formel : *In omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur* (1). Est-ce à dire que cette solution s'impose même quand la volonté des parties apparaîtra nettement de conserver l'ancienne vente? On le soutient d'ordinaire, en disant que dans la vente le *pretium* doit être *certum*, et en invoquant ces mots de Papinien : *quoniam emptionis substantia constitit ex pretio* (2). Mais n'y a-t-il pas là une exagération? Le langage de Papinien n'est pas, il s'en faut, aussi net que celui de son annotateur Paul.

°°°

La construction juridique du *mutuus dissensus*, telle qu'on vient de l'exposer, est bien celle qui fut reçue par les constitutions impériales (3). Mais d'une part, les distinctions à établir entre la convention qui anéantit et remplace *ipso jure* l'ancien contrat, et le pacte qui, *jure exceptionis*, vient le modifier sans l'anéantir; d'autre

(1) L. 72, D., XVIII, 1. Cf. L. 2, D., XVIII, 1; *Bas.*, XIX, 1, 72. Suppl., Zach., p. 200; Πεῖρα, XLV, 12.

(2) Cf. Bechmann, *op. cit.*, p. 483-484.

(3) Cf. L. 1, 2, IV, 45; Inst. III, 8, 29. Cf. le Fragment d'Iudex attribué à Théophile cité p. 477, n. 1, l. 91-128 et *infrà*, p. 500, n. 2.

part, les contradictions des auteurs classiques, qui tantôt rattachaient le mutuel dissentiment à la règle : *quae jure contrahuntur contrario jure pereunt*, et tantôt n'y voyaient qu'un double pacte *de non petendo* (1), tout cela dut jeter le trouble dans l'esprit des scholiastes (2). C'est pourquoi, pensant avec raison que le remède aux imperfections du *contrarius consensus* était dans la théorie des *pacta adjecta*, ils s'occupèrent de préciser et d'élargir le plus possible leur théorie. Ils firent admettre que le pacte adjoint serait réputé *in continenti* s'il était conclu dans les trois jours du contrat (3), et même qu'il serait réputé tel, si grand que fût l'intervalle de temps écoulé depuis le contrat, tant que les choses resteraient entières (4). C'était expliquer par un pacte adjoint *dans legem contractui* l'effet du *contrarius consensus*. En d'autres termes, c'était rattacher toute la théorie du *contrarius consensus* à la théorie des *pacta adjecta* et l'en faire dériver. Jadis, on expliquait d'ordinaire l'effet *ipso jure* que produisait le *contrarius consensus* en invoquant la règle : *quae jure contrahuntur contrario jure pereunt*, et maintenant, on rendra compte de cet effet *ipso jure* en mêlant à l'idée de mutuel dissentiment l'idée de la transformation qu'opère toujours et sans conteste le pacte *in continenti* dans les

(1) L. 5, pr., D., I, 5 (Julien) ; Cf. L. 3, D., XVIII, 5.

(2) On remarquera dans le fragment d'Index de Théophile (?) signalé p. 477, n. 1, la protestation faite L. 106, sq., contre l'introduction de l'idée d'exception dans la théorie du *contrarius consensus* : καταχρηστικῶς δὲ παραγραφὴν λέγω, ἐπεὶ *re nondum secuta* εἰς μέρος ὑπαναχώρησις μένεται... εἴ γε *re nondum secuta* γέγονει πάκτον, οὕτως ἐστίν ἡ δευτέρα ὠνὴ ὡσανεὶ τῆς πρώτης οὐ γενομένης..... διὰ τοῦτο οὖν λέγω καταχρηστικῶς. Cet emploi que Théophile déclare abusif avait donc déjà lieu.

(3) V. Αἱ ῥόπαι, V, 2 (édit. Zachariæ von Lingenthal, 1836) : τὸ *continenti* ῥῆμα τουτέστι τὸ παραχρῆμα τρεῖς ἡμέρας σημαίνει. Cf. Harménopule, *Prompt.*, *App.* III, 38.

(4) V. 19 : ... φησὶν ὁ νομοθέτης.... τοῦτο τὸ μεταγενέστερον πάκτον, *integra re* γεγενημένον... *ex continenti* γεγενῆσθαι νομιζόμενον. Cf. Stéphane dans *Bas.*, I, p. 566, *in fine*.

contrats de bonne foi (1). Et on ne s'en tint pas là. Un texte d'Ulpien (2), dont on ne peut dire dans quelle mesure il a été retouché, mais qui a été certainement retouché par les compilateurs (3), suggéra aux Byzantins de distinguer entre la convention qui supprime purement et simplement le contrat déjà formé et la convention qui le remplace, entre la convention qui en augmente les obligations et celle qui les diminue (4-5).

Pour le cas de suppression pure et simple, l'effet du mutuel dissentiment restera l'extinction complète *ipso jure* (6) du contrat ancien. Il en sera de même pour les cas où le droit du demandeur est augmenté : l'ancien contrat est détruit et remplacé. Même règle encore, si l'on a augmenté ou diminué proportionnellement les obligations des deux parties (7). Mais s'il s'agit d'une diminution de l'obligation du défendeur, on se borne à donner à celui-ci une exception (8). Contrairement à toute logique, on laissait ici de côté la présomption que le pacte, quoique fait après coup, était *in continenti*, pour s'en tenir à la réalité et déclarer *ex intervallo* tout pacte fait μετά

(1) V. *Bas.*, I, p. 556, 566 *in fine*, II, p. 633, Harménopule, *op. cit.*, p. 125, etc.

(2) L. 7, § 6, D. II, 14.

(3) V. Pernice, *Z. der Sav. Stiftung*, 1888, p. 212; Perozzi, *Studi per Schupfer*, 1898, I, p. 177.

(4) Cette distinction est bien marquée, dans notre texte, V, 15 et 17 et mieux encore V, 33, 34.

(5) Dans la loi 7, § 6, D., II, 14, les *exceptiones ex pactionibus postea factis* naissent de *pacta minuentia* ou de pactes rétablissant la situation contractuelle en éliminant un pacte augmentatif antérieur. Cf. Rotondi dans *Bull. dell' Instituto di diritto romano*, 1911, XXII, p. 112.

(6) *Bas.*, I, p. 569 : ἀλλ' ἡ μὲν εἰς τὸ πᾶν γενομένη ὑπαναχώρησις *ipso jure* ἀναιρεῖ τὸ συνάλλαγμα, et encore, *ibid*... ἐὰν παντελῶς ἀπείπωμεν τῇ ἀγορασίᾳ οὐ δύναται ἀνανεοῦσθαι ἡ προτέρα δι' ἄλλου συμφώνου, ἀλλὰ δεῖ ὥσπερ ἐξ ἀρχῆς συμφωνεῖν.

(7) *Bas.*, I, p. 567, l. 15, *in fine* (Stéphane) et I, p. 568. Sch. Αἱ ex intervallo (Cyrille).

(8) *Bas.*, I, p. 600, XI, I, ch. 27, th. 3 : εἰ γὰρ μερικὴ γέγονε μείωσις, δύναται (ἡ ἀγορασία) διὰ μεταγενεστέρου συμφώνου ἀνανεοῦσθαι. Cf. *suprà*, n. 6.

τινα χρόνον. Le pacte, en conséquence, ne fournissait qu'une exception.

Il est vrai que, le contrat étant de bonne foi, cette exception est sous-entendue dans le *judicium* (1). Mais cependant, autre chose est l'effet d'une exception sous-entendue dans l'action, autre chose est l'effet d'un pacte incorporé à un contrat. S'il n'y a plus grand intérêt, au point de vue de la procédure, à distinguer entre l'exception et le moyen de défense au fond (2), et si le langage des juristes byzantins prête là-dessus souvent à l'équivoque (3), il reste toujours vrai qu'un pacte nouveau peut détruire la simple exception née d'un pacte antérieur et rendre au contrat toute son énergie, tandis que rien ne peut faire revivre le contrat éteint *ipso jure*. Au reste ce n'est pas la question de procédure qui est le vrai souci de notre auteur. On ne peut se tenir de penser que, s'il insiste tant sur les effets d'un pacte extinctif ou modificatif survenant après coup *rebus integris*, c'est qu'il n'ignore pas le parti que les litigants veulent en tirer dans l'affaire dont il est l'un des juges. Il s'agit, en effet, dans ladite affaire, d'un contrat innommé suivi *ab intervallo* d'un pacte modificatif. Si la théorie du *contrarius consensus* n'est plus qu'une dérivation de la théorie des pactes adjoints aux contrats de bonne foi, il suit que la théorie du *contrarius consensus* pourra être étendue,

(1) *Bas.*, I, p. 565, sch. 8 : Ειώθαμεν γὰρ λέγειν ταῖς καλῇ πίστει ἀγωγαῖς ἤτοι τοῖς συναλλάγμασιν ἐνεῖναι καὶ ὥσπερ παρεμφυκέναι τὰ σύμφωνα. Cf. *supra*, p. 497, n. 6. *Bas.*, I, 568, 635, II, p. 26, etc.

(2) V. Bethmann-Hollweg, *Civilprocess, Justinianisch-römisches Recht*, § 23, et *Der römische Civilprocess*, III, 154.

(3) Stéphane, I, p. 566 appelle sans hésiter exceptions (τῶν δικαιολογιῶν ἤτοι παραγραφῶν, ἅς οἱ ῥέοι προτείνουσι) aussi bien les moyens de défense qui contredisent directement l'*intentio* et en nient le bien-fondé initial (αἱ μὲν αὐτῇ μάχονται ἰντεντίονι, τὴν ἀρχὴν οὐ συστῆναι αὐτὴν συγχωροῦσαι) que les moyens de défense (véritables exceptions) qui, en admettant l'*intentio*, en paralysent l'effet dans la condamnation (αἱ δέχονται μὲν τὴν ἰντεντιόνα... ἀπωθοῦνται δὲ τὴν κονδεμνατίονα). V. *Bas.*, I, p. 603, sch. Ἀνάγνωθι τὸν παλαιόν.

mutatis mutandis, à tous les contrats de bonne foi. On l'étendra donc à tout contrat innommé non entièrement exécuté, moyennant le rétablissement aussi complet que possible de l'état de choses au moment de la formation du contrat.

Notre auteur, sachant quels moyens de défense invoquent les plaideurs, croit nécessaire, pour avertir les juges ses collègues et pour mettre de la clarté dans la délibération, πρὸς σαφήνειαν (1), d'exposer ce qu'il pense de la vraie doctrine des pactes, en l'illustrant par des exemples (2) et en la fortifiant par des citations.

°°°

Notre auteur prend d'abord l'exemple d'une suppression, ensuite il donne des exemples de modification par diminution et par augmentation d'une obligation née d'un contrat antérieur. Tous ces exemples sont empruntés à l'Index de Stéphane (3).

a) Le premier est celui-ci : une vente a été conclue, mais non exécutée. Les choses étant entières, les parties contractantes se rencontrent un jour, s'entretiennent du contrat encore entièrement inexécuté, et conviennent de l'abandonner (4). Le pacte est, comme on sait (5), réputé fait *in continenti*. Le contrat se déforme donc après s'être formé, le *contrarius consensus* l'anéantit. Si l'un des contractants agit ensuite en invoquant le contrat, il agit inutilement, ματὴν κινεῖ (6). Il sera repoussé par une exception inhérente au contrat (7), plus exactement par

(1) V, 18.
(2) V, 24 : διακρινήσουσι καὶ ἄμφω ταῦτα οἱ πρόσφοροι θεματισμοί.
(3) *Bas.*, I, p. 566 sqq
(4) V, 18.
(5) V, 19, 23.
(6) V, 21.
(7) V, 22, et *Bas.*, I, p. 566 (Stéphane) : καὶ ὁ νόμος οἶδεν αὐτὸν ἐκβεβλημένον διὰ τῆς κατὰ τὸ ἐνὸν ἐξεταζομένης παραγραφῆς. Pour Stéphane la loi

un moyen de défense qui contredit directement l'*intentio*. En d'autres termes, en nous rappelant que Stéphane appliquait le mot παραγραφή au moyen de défense au fond (1), nous dirons que le demandeur sera repoussé *ipso jure* (2). De même que le pacte *in continenti* peut transformer l'action, de même il peut la détruire entièrement. Et c'est parce qu'il s'agit bien d'une extinction *ipso jure* que Stéphane cite en outre, comme produisant dans les contrats de droit strict une exception *intentioni repugnans*, la novation et l'acceptilation, qui sont certainement des modes d'extinction *ipso jure* (3).

b) Le second exemple est celui d'une convention intervenue pour modifier, par diminution, le prix ou l'objet de la vente (4). — Dans une première hypothèse (5) une personne a acheté mille amphores de vin pour cinquante nomismes. Les choses étant entières, c'est-à-dire le prix non versé, les amphores non livrées, l'acheteur, qui regrette son achat, convient avec son vendeur d'abaisser le prix à quarante nomismes. On a supposé qu'il n'y avait eu aucune exécution du contrat. Peut-être cependant y a-t-il eu un commencement d'exécution par livraison des amphores (6), mais, en ce cas, une restitution préalable des amphores ramenait à notre hypothèse (7). — Dans une seconde hypothèse, c'est le ven-

(ὁ νόμος) c'est la loi 7, D., II, 14, et pour notre auteur le *capitulum* correspondant des Basiliques, I, p. 564.

(1) V. *suprà*, p. 502, n. 3.

(2) *Bas.*, I, p. 569 : ἡ μὲν εἰς τὸ πᾶν γενομένη ὑπαναχώρησις *ipso jure* ἀναιρεῖ τὸ συνάλλαγμα. Cf. *Bas.*, I, p. 567, l. 24 *in fine* : ἀναιρεῖσθαι τὴν ἀγωγήν.

(3) *Bas.*, I, p. 566, l. 25 : ἔννομοι λύσεις.

(4) V, 23, VI, 17. Cf. *Bas.*, I, p. 567 : ἢ ἐν μειώσει πράγματος ἢ τιμήματος γίνεται.

(5) V, 25.

(6) V, 25. Cf. *Bas.*, I, p. 567 (Stéphane) : ἴσως μηδὲ τῶν κεράμων καταβληθέντων.

(7) V. *suprà*, p. 502.

deur qui est mécontent de la vente. Aussi est-il entendu avec l'acheteur que la quantité vendue sera diminuée : au lieu de mille amphores on en livrera seulement neuf cents.

Pour ces deux hypothèses il n'y a plus de comparaison possible avec l'acceptilation ou la novation, et, en effet, Stéphane n'en fait plus aucune. Si donc le contractant dont la créance a été réduite agit pour la créance totale, le vendeur pour cinquante nomismes, l'acheteur pour mille amphores, il actionne à tort, il agit mal (1), la poursuite n'aboutira pas. Mais pourquoi? Parce qu'une exception est opposée : παραγραφὴ γὰρ ἀντίκειται αὐτῷ (2). Notre auteur et Stéphane ajoutent, à la vérité, que cette exception est inhérente à l'action. Cela va de soi, puisque le contrat est de bonne foi (3). D'où il résulte que le défendeur n'a pas à redouter la règle qui ordonne d'invoquer l'exception au début du procès (4). Mais ici le procédé de défense reste une véritable exception qui écarte la condamnation sans combattre directement l'*intentio* (5) et qui, par conséquent, permet aux parties un retour par pacte contraire aux anciennes obligations (6). D'un trait rapide, Stéphane et notre auteur marquent bien la nuance, en rapprochant l'effet produit de celui d'un pacte *ex intervallo* ordinaire : « Il n'y a, disent-ils (7), rien d'étonnant à ce que

(1) V, 27 : κακῶς κινεῖ, κακῶς ποιεῖ.

(2) V, 27 : *Bas.*, I, p. 567 (Stéphane).

(3) Cf. p. 502, n. 1.

(4) L. 9, C. VIII, 35 (36) *Bas.*, LI, 4, 25 : Ἡ peremptoria παραγραφὴ ἐν προοιμίοις (in primordio) ἀντιτίθεται. Cf. *Bas.*, XXII, 1, 53, Michel Attaliate, *Synopsis*, XIV, 8, etc. Il est vrai que le péril est peu redoutable, car le texte basilical ajoute : Εἰ δὲ παρέθη, καὶ οὕτω πρὸ ἀποφάσεως δύναται ἀντικεῖσθαι. Cf. Bethmann-Hollweg, *Gerichtsverfassung und Process des sinkenden Römischen Rechts*, § 23, et *der Romische Civilprocess*, III, § 154 ; Puchta, *Cursus der Institutionen*, 9e edit. Krüger, I, p. 574 ; Wieding, *Der Justinianische Libellprocess*, 1865, p. 614.

(5) Cf. p. 502, n. 3.

(6) Cf. p. 501, n. 8.

(7) V, 29 et *Bas.*, I, p. 567, I. 28.

le pacte profite au *reus*, car les pactes *ex intervallo* lui profitent ».

e) Après les cas de diminution, voici des cas d'augmentation par pacte conclu *rebus integris*. Mais avant de les indiquer, notre auteur, copiant toujours Stéphane, fait une observation intéressante (1). S'il n'est pas surprenant que le pacte puisse profiter au défendeur, il est au contraire vraiment étonnant — θαυμαστὸν δὲ ὡς ἀληθῶς — que le pacte puisse souvent servir à l'*actor* par genèse (c'est-à-dire par transformation) de l'action.

D'où vient l'étonnement de Stéphane et de notre auteur?

C'est que tous deux se rendent bien compte qu'il y a quelque chose d'irrationnel à traiter le cas d'augmentation des obligations primitives autrement que le cas de diminution; qu'il est illogique de rattacher, en cas de diminution, l'effet du mutuel dissentiment à l'exception *pacti*, même si cette exception est réputée inhérente à l'action, tandis que, dans le cas d'augmentation, on fait découler l'effet du *contrarius consensus* de l'idée d'anéantissement du premier contrat qu'un second contrat est venu remplacer. Stéphane et notre auteur vont ainsi au-devant des objections qu'on pourrait élever contre eux, en reconnaissant, sans tergiverser, que la distinction est singulière et faite pour surprendre. Mais, cela reconnu, ils n'hésitent ni l'un ni l'autre à en tirer des décisions. Notre auteur, spécialement, hésite d'autant moins que ses décisions avaient, à son époque, pour elles, l'autorité des Basiliques, et sans doute aussi une jurisprudence bien assise. Voici, en effet, les exemples qu'il choisit, les empruntant à l'index de Stéphane.

Une vente a été faite de mille amphores de vin pour le prix de cinquante nomismes (3). Mais le contrat n'a été

(1) V, 39.
(2) Cf. *Bas.*, I, p. 567.
(3) V, 31. Cf. *Bas.*, I, p. 567, l. 33.

exécuté d'aucun côté : les parties en sont restées, dit le texte, au seul échange des consentements (1). En l'état, les contractants se mettent d'accord soit pour augmenter l'obligation du vendeur, lequel donnera onze cents amphores de vin au lieu de mille, soit pour augmenter l'obligation de l'acheteur, lequel payera soixante nomismes au lieu de cinquante. Quel sera l'effet du nouvel arrangement? Un nouveau contrat a pris la place du premier. Chaque intéressé a, non pas l'ancienne action qui est complètement transformée, ou, plus exactement, éteinte *ipso jure*, mais une nouvelle action : ἕκαστος ἔχει ἄλλην ἀπαίτησιν (2). Pour donner une forte idée de l'effet produit ici par le *contrarius consensus*, c'est à la novation qu'il faut le comparer : ἡ γὰρ *re nondum secuta* γινομένη ὑπαναχώρησις ἔοικεν νοβατίονι ἥτις ἄλλο καταλύουσα χρέος συνίστησι ἕτερον (3).

L'auteur de la *Meditatio* a donc établi par des exemples appropriés fournis par le Nomothète lui-même, que tantôt le *contrarius consensus* opère *ipso jure* et tantôt seulement par voie d'exception. En bon juriste qu'il est, il voit bien le côté faible de sa doctrine, mais pour que ses collègues ne l'aperçoivent pas, d'un ton péremptoire il prodigue les affirmations : « Toute doctrine différente, nous dit-il, est mauvaise. C'est manifeste. Si quelques-uns ont une autre manière de voir, il n'est douteux pour personne que cette manière de voir est irrecevable ; la loi ne la connaît pas et il faut lui dénier tout effet » (4).

***

Mais l'auteur de la *Meditatio* avait, parmi les juges ses

(1) Μέχρι γὰρ συμφώνου ἔστη τὰ τῆς πράσεως.
(2) V, 32, 34. Cf. *Bas.*, I, p. 567 et encore *Bas.*, *eod. loc.* : μετατυποῦται ἡ αγωγὴ καὶ ἀναιρεῖται ἡ προτέρα, συνίστασθαι δὲ πως ἑτέρα δοκεῖ....
(3) *Bas.*, I, 567; Cf. *Med.*, V, 34.
(4) VI, 35.

collègues, un adversaire que les affirmations multipliées n'émouvaient guère, et qui, nous le verrons plus bas, portait sur toutes les parties des sciences morales un esprit pénétrant et des regards intrépides. Or, cet adversaire n'était pas convaincu, il riait, se gaussait (1). Contradicteur obstiné, non seulement il repoussait ce qu'on voulait lui faire entendre, mais encore il tenait pour un bavardage d'exégètes, pour une élaboration superflue et sans portée pratique, toutes les classifications et dénominations de pactes reproduites par notre auteur. C'est alors que celui-ci, piqué au vif, entreprend de justifier son exposé en citant les Basiliques.

Laissons de côté pour le moment ce que notre auteur commence par dire des lois en général et des contempteurs des lois (2) : il y a là quelques phrases qui, par le sentiment platonicien dont elles sont imprégnées, nous permettront peut-être plus tard de deviner qui a rédigé la *Meditatio.* Laissons de côté aussi, pour le moment, ce qui est dit de la *natura contractus* et de la définition des pactes nus. On reviendra bientôt sur tout cela (3). Ne retenons ici que la citation relative au *contrarius consensus*. Le texte des Basiliques invoqué par notre auteur (4) est un court fragment du *Capitulum* qui, dans la compilation de Léon le Sage (5), correspond à la loi 7 (d'Ulpien) du titre *de pactis* (6). Voici le texte :

"Οσα δὲ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος, πράγματος μὴ τυχόντος, συμφωνεῖται, ταῦτα καὶ τῷ ἐνάγοντι καί τῷ ἐναγομένῳ ὡς ἐνόντα συμβάλλεται· ἐπί τε γὰρ τῆς πράσεως καὶ τῆς ἀγο-

(1) VI, I, sqq.; IV, 2.
(2) VI, 3.
(3) V. *infrà.*
(4) VI, 17.
(5) I, p. 564; IX, I, ch. 7, th. 2.
(6) D , II, 14. On a déjà observé que le texte des Basiliques, pour le Digeste, vient du commentaire de l'Anonyme.

ρασίας (1) καὶ [τῶν λοιπῶν καλῇ πίστει συναλλαγμάτων] (2), καὶ μετατυποῦν ἔξεστι καὶ ὑπαναχωρεῖν ἐκ συμφώνου τελείως καὶ μερικῶς.

La citation est arrêtée ici. Les mots καὶ τὰ ἑξῆς (3) nous avertissent que le texte basilical est plus long. Tel quel, le texte justifiait ce qui avait été dit du droit d'abandonner, *re nondum secuta*, en partie ou en totalité, une vente déjà conclue. Mais étant une reproduction fort abrégée dans ses termes et point assez fidèle quant au sens du fragment correspondant du Digeste, le texte basilical n'apportait pas un appui suffisant pour étayer la doctrine que notre auteur défendait et appliquait dans le cas de pacte diminutif. A la différence du texte latin, le texte grec ne met pas en relief la relation qu'Ulpien — ou plutôt les compilateurs — établissaient entre le *contrarius consensus* et la règle qui sous-entend l'exception dans les *judicia bonae fidei*. Aussi le contradicteur de notre juge niait-il que cette relation apparût (4). Et l'auteur de la *Meditatio* de répondre en renvoyant au Digeste : c'est dans les textes du Digeste qu'on trouvera sa pleine justification. Car si les Basiliques reproduisent les doctrines du Digeste, elles ne les reproduisent pas avec la même netteté, ni le même détail. C'est le Digeste qu'il faut lire pour que la pensée de la loi se révèle tout entière (5). Et saisissant l'occasion de parler de la vieille compilation, notre auteur trouve, pour en faire l'éloge, des termes qui ne sont pas sans noblesse, et des accents qui ne sont pas sans vigueur. Le Digeste, nous dit-il, est une école

(1) Les mots καὶ τῆς ἀγορασίας donnés par la *Meditatio*, manquent aux Basiliques, I, 564. Il faut les y insérer.

(2) Les mots entre crochets sont aux Basiliques et non dans la *Meditatio*. Mais l'omission dans ce dernier texte n'est pas évidemment intentionnelle : elle vient sans doute d'une distraction du copiste causée par la répétition, à une ligne d'intervalle, de la [illegible] καί.

(3) [illegible]

(4) [illegible]

(5) VI, 25, 26.

de beau langage, il est le plus riche trésor de substance juridique (1). Pour entendre aisément les Basiliques, on doit d'abord étudier les Pandectes (2). Ceux qui se bornent aux seules Basiliques risquent fort de s'y égarer (3), de se méprendre sur la doctrine qu'elles contiennent, sur les espèces qu'elles examinent. Quand les Basiliques leur sont favorables, ils les portent aux nues. Sont-elles défavorables, rien n'égale la pauvreté, l'obscurité de l'énorme compilation (4).

H. MONNIER, et G. PLATON,
Doyen Bibliothécaire
à la Faculté de droit de Bordeaux.

(*A suivre*).

(1) VI, 26.
(2) VI, 27.
(3) Tit. VIII, 3, il est question des défilés des Basiliques.
(4) VI, 28.

LA

MEDITATIO DE NUDIS PACTIS

(Μελέτη περὶ ψιλῶν συμφώνων)

(*Suite*)

A plusieurs reprises l'auteur de la *Meditatio* écrit le mot φύσις (*natura*). Ici il veut examiner la nature des pactes (1), là il remarque qu'un pacte adjoint *in continenti* change la nature de l'action dans les *judicia bonae fidei* (2), ailleurs il cite des pactes *ex intervallo* qui sont *extra naturam contractus* (3), ou bien il note que l'on trouve aussi des pactes *extra naturam contractus* comme pactes *in continenti* (4). A propos d'une vente encore inexécutée par les deux parties contractantes et d'une phrase d'un *capitulum* basilical déjà cité (5) : ὅσα δὲ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος, πράγματος μὴ τυχόντος, συμφωνεῖται κ. τ. λ., notre auteur écrit (6) que les mots « *secundum naturam* ont trait à tout ce qui est convenu en augmentation ou diminution de choses déjà convenues » : ce qui doit s'entendre (7) d'un pacte postérieur conclu, *re nondum secuta*, pour changer les clauses d'un

(1) III, 4.
(2) V, 4, 5, 6.
(3) IV, 4.
(4) V, 12, 13.
(5) Cf. *supra*, p. 502.
(6) VI, 23. Cf. VII, 13.
(7) Cf. VII, 13.

pacte antérieur dans le sens d'un retour aux effets réguliers de la vente (1).

Le lecteur nous pardonnera de retenir quelque peu son attention sur la *natura contractus* et sur les pactes adjoints conclus pour la modifier ou y ramener. Outre que la *natura contractus* et la *natura actionis* ont fait l'objet de travaux récents qui ne sont pas négligeables (2), il saute aux yeux qu'un commentaire de la *Meditatio* serait trop incomplet s'il ne contenait pas une explication des *pacta extra naturam* signalés par notre auteur.

Il est maintes fois question, dans les constitutions de Justinien, de la *natura* des institutions juridiques (3), et par exemple, de la *natura dotis* (4), de la *natura donationis* (5), de la *natura pecuniae constitutae* (6), de la

(1) Cf. *Bas.*, I, p. 601 (Stéphane) : ..... τὸ μεταγενέστερον πάκτον ..... ἐρρῶσθαι παρασκευάζει τὰ πάλαι κρατοῦντα κατ' αὐτὴν τὴν τοῦ συναλλάγματος φύσιν.

(2) Il faut avant tout citer la belle et pénétrante étude de M. G. Rotondi : *Natura contractus*, parue dans le *Bulletino dell' Istituto di diritto romano*, 1911, XXIV, p. 1-515. On joindra les deux études de Longo : *Criterio giustinianeo della natura actionis* dans les *Studi per V. Scialoja*, I, 607 (Milan, 1904) et *Natura actionis nelle fonti bizantine* dans le *Bull. di diritto romano*, 1905, XVII, p. 34-95. On joindra aussi les *Etudes historiques sur le droit de Justinien* de M. Collinet, Paris, 1912, I, p. 191-210. Ce dernier auteur écrit, p. 199 : « Il est probable... que les professeurs grecs ont subi l'influence diverse et profonde du plotinisme qui règne souverainement au v[e] siècle. Il est vraisemblable qu'ils ont fait passer la *natura*, telle qu'elle était formulée par cette doctrine, de l'acte moral à l'acte juridique ». La remarque est juste et originale.

(3) Il en est même question dans plusieurs textes du Haut-Empire (voir ces textes rassemblés par Rotondi, *op. cit.*, p. 50-58), et notamment dans les lois 7, § 5, D. II, 14 ; 24, D. XVI, 3 ; 5, § 4, D. XIX, 5. — Mais M. Rotondi pense avec raison que la formule *natura contractus* a été, d'ordinaire, interpolée, et il montre que, dans les textes où il n'y a pas lieu d'admettre une interpolation, la formule n'a pas le sens technique qu'on lui donnera au Bas-Empire.

(4) L. 1, C. V, 13. — Stéphane, *Bas.*, III, 347, Sch. 1, va jusqu'à distinguer dans la dot une διπλῆ φύσις.

(5) L. 34, § 3, C. VIII, 54 (53).

(6) L. 2, pr. C. IV, 18.

natura emphyteuseos (1), de la *natura fideicommissi* qui sera désormais la même que la *natura legati* (2), de la *natura debiti* (3), de la *natura judicati* (4), de la *natura societatis* (5), de la *natura ususfructus* (6), de la *natura contractus* (7). Si Justinien parle tant de la *natura* des contrats, c'est que l'idée d'une telle *natura* préoccupe fort les juristes du VI[e] siècle (8). Or cette préoccupation, on la retrouve encore plus tard. C'est de quoi portent témoignage les scholies insérées aux Basiliques vers le milieu du X[e] siècle, celles qui y furent ajoutées postérieurement, et aussi la *Meditatio de nudis pactis*, le *Promptuarium* d'Harménopule (9), et enfin de longues scholies de ce même *Promptuarium* (10).

Qu'est-ce donc que la *natura contractus?* Pour répondre, le mieux paraît être de rapprocher des indications fournies par la *Meditatio* sur les pactes *extra naturam* adjoints à un dépôt, à un commodat, à une vente non exécutée, d'autres indications données par les Basiliques et par le manuel d'Harménopule.

On sait que le dépositaire est responsable de son dol seulement(11). Supposons qu'un pacte rende le dépositaire

(1) Inst. III, 24, 3.

(2) Inst. III, 27, 7 : *nostra constitutio* (C. VI, 51, 1, § 11), *unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit.*

(3) L. 7, pr. C. V, 11.

(4) L. 2, pr. C. VII, 54.

(5) Inst. III, 25, § 2. Cf. Gaius, III, 149.

(6) L. 13, pr., C. III, 33.

(7) L. 2, § 1, C. VII, 17.

(8) A chaque contrat, écrit Stéphane : *Bas.* I, p. 561, l. 33 *a fine*, les Prudents ont, à l'origine, imposé une *natura :* Ἑκάστῳ τῶν συναλλαγμάτων φύσιν ἐξ ἀρχῆς ἐπιτεθείκασι οἱ σοφοί. Cf. Brugi, *Istituzioni di diritto privato giustinianeo*[2], II, Padoue, 1911, p. 41.

(9) I, 9, 9.

(10) V. *Hexabiblos*, édit. Heimbach, p. 125-129 et p. 787.

(11) L. 23, D. L, 17; *Bas.*, II, 3, 23 (Heimb. I, p. 66). Cf. Albertario, *Variazioni di responsabilità nell' actio depositi derivanti da patti* dans *Bull. dell' Istituto di diritto romano*, XXV, I, p. 15-42.

responsable de sa *culpa*. Un tel pacte, dit notre auteur (1), est un pacte *extra naturam contractus*, car les parties ont voulu augmenter, élargir, donc changer la nature de l'action *depositi* (2). Quel sera exactement l'effet du pacte? Il faut distinguer : Si le pacte est adjoint *in continenti*, comme le contrat est de bonne foi, on appliquera la règle : Ἐπὶ τῶν *bona fide* ἀγωγῶν τὰ μὲν *ex continenti* πάκτα τὴν φύσιν ἀμείβει τοῦ συναλλάγματος καὶ τὴν ἀγωγὴν μετατυποῖ (3). La nature du contrat est toujours changée, l'action toujours transformée (4). Si le pacte est adjoint *ex intervallo*, il ne peut avoir pour effet de changer la nature, c'est-à-dire le cadre légal du contrat, ni par conséquent de transformer l'action (5). Il ne permettra donc pas au demandeur d'agir : Εἰ γὰρ μετὰ ταῦτα τὸ εἰρημένον ἐγίνετο σύμφωνον, οὐ μετατυποῖ τὴν ἀγωγήν, καὶ ἐπὶ ὠφελείᾳ τοῦ ἄκτορος παρὰ τὴν αὐτὴν φύσιν παρασκευάζει τὸν *depositi* κινδυνεύειν καὶ ἀπὸ κούλπας..... (6). On a supposé un pacte *ad augendum*, mais il est possible que le pacte *ex intervallo* soit fait *ad diminuendum* : par exemple, on a voulu supprimer la responsabilité du dépositaire *de dolo jam facto* (7). Le pacte change la nature du contrat, mais seulement par diminution (8). L'action du contrat est aussi changée, non pas *ipso jure*, comme si le pacte eût été fait *in conti-*

(1) IV, 4.

(2) *Bas.*, II, p. 26, sch. 7 : αὔξει τῆς *depositi* τὴν φύσιν.

(3) *Bas.*, II, 26, sch. 8 (Stéphane).

(4) Harménopule, sch. p. 126 : τὰ μὲν ἐν ἀρχῇ γενόμενα σύμφωνα ἐναλλάσσουσι τὴν ἀγωγὴν αὐτῷ τῷ δικαίῳ τουτέστιν αὐτοῦ τοῦ νόμου γνωρίζοντος τὴν μετατύπωσιν ὅπερ ῥωμαϊστὶ ipso jure λέγεται.

(5) Car, dit une scholie d'Harménopule, p. 791, *in fine*, le contrat existe déjà suivant sa propre nature qui est maintenant fixée. Cf. *Bas.*, II, p. 633 (sch. de Stéphane).

(6) *Bas.*, II, p. 6, sch. 5.

(7) Stéphane explique, *Bas.*, II, p. 26, sch. 7 et 9, que le pacte exemptant du dol futur serait nul comme contraire à la bonne foi et aux bonnes mœurs. Cf. Harménopule, sch. 792.

(8) Harménopule, sch. 792 : εἴπομεν συμφωνηθῆναι τὸ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος ἐλαττοῦν....

nenti, mais seulement par l'effet d'une exception véritable (1), quoique sous-entendue (2). Enfin, si l'on convient que le dépositaire rendra *tantumdem non idem*, il est bien connu que, suivant Papinien (ou les compilateurs), on dépasse ici les limites du contrat (3). Glosant les termes dont s'est servi Papinien, un scholiaste expliquera que la nature du contrat de dépôt exige qu'on rende ce qu'on a reçu et non pas autre chose (4). Un autre scholiaste Jean Nomophylax, c'est-à-dire Xiphilin, celui-là même que nous croyons être, — on reviendra plus tard là-dessus — l'auteur de la *Meditatio*, observe que demander les intérêts de la somme déposée, s'il n'y a pas *mora*, serait contraire à la nature du dépôt, car il serait absurde de faire payer des intérêts à qui rend un service (5).

Passons à l'hypothèse d'un commodat prévue aussi par la *Meditatio* (6).

Le commodataire répond de sa négligence, mais non des cas fortuits : telle est la nature du contrat (7). Un pacte élargissant jusqu'aux cas fortuits la responsabilité du commodataire sera donc un pacte *extra naturam contractus*. S'il est fait *in continenti*, il changera la nature du contrat et transformera l'action (8). S'il est fait *ex intervallo*, on distinguera comme pour le dépôt : le pacte *adjiciens* ne change pas la nature du contrat et ne donne

(1) Harménopule, Sch. p. 127, et *Bas.*, II. p. 7. Sch. ἐξ ἀρχῆς; II, p. 633 :

(2) V. *suprà*, p. 491, n. 6 ; p. 496, n. 1 et 3 ; p. 631, n. 3.

(3) L. 24, D. XVI, 3. Cf. *Bas.* XIII, 2, 24.

(4) *Bas.*, II, p. 53. Sch. Ἐπειδὴ. Cf. *Ibid.* la scholie de Stéphane : Εἰ τοὺς οἰκείους.

(5) *Bas.*, II, p. 52 : ὡς ἐναντιοῦται τῇ φύσει τῆς depositi ἡ τῶν τόκων ἀπαίτησις μόρας μὴ γενομένης..... ἄτοπον οὖν λέγειν τὸν κατατιθέμενον χάριτα τοκους καταβάλειν τῷ εὐεργετουμένῳ.

(6) IV, 4.

(7) Bas. I, p. 561 : τυχηροῖς οὐχ ὑπόκειται κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος ὁ χρησάμενος.

(8) V. 13. Cf. p. 33, n. 6, 7.

pas action à l'*actor* (1); le pacte *minuens*, au contraire, change par diminution la nature du contrat, et l'action en sera changée, mais seulement *per exceptionem* (2).

Passons à la troisième hypothèse prévue dans la *Meditatio* (3). Il s'agit d'un pacte adjoint à une vente.

Le contrat de vente oblige l'acheteur à payer le prix fixé, il oblige le vendeur à livrer la *res empta* et à fournir une *promissio duplae*. Ces obligations découlent de la nature du contrat : il n'est pas besoin pour les créer de conventions spéciales (4). Les pactes spéciaux ne deviennent nécessaires que si l'on veut écarter les effets réguliers, les conséquences légales du contrat (5). Pour ce que Stéphane appelle : τὰ κατὰ φύσιν τῷ συναλλάγματι παρεπόμενα (6), les pactes ne servent qu'à faciliter l'application du contrat en évitant tout soupçon d'abrogation tacite et tout danger d'interprétation erronée.

Mais il faut bien noter que la qualification de pacte κατὰ φύσιν peut s'appliquer à d'autres pactes que les pactes interprétatifs. La *Meditatio* nous signale (7), à bon droit, comme pactes *secundum naturam* des pactes qui ont pour objet d'augmenter ou de réduire des conventions antérieures. Par exemple, une vente étant encore inexécutée, deux pactes adjoints ont été successivement conclus; le second pacte a l'effet de détruire le premier et de rétablir purement et simplement les effets réguliers

(1) II, p. 7. Sch. 7 (Stéphane) : ..... ἐπεὶ οὐ μετατυποῦται ἡ ἀγωγὴ ἐπ' ὠφελείᾳ τοῦ ἄκτορος, οὐδὲ τὴν οἰκείαν ἢ κομμοδάτι φύσιν ἀμείβει.

(2) Harménopule, sch. p. 127 : Τῷ δὲ ἐναγομένῳ τίκτει παραγραφήν, καί ἐν τούτῳ ἐναλλάσσεται ἡ ἀγωγὴ διὰ παραγραφῆς.

(3) IV, 4.

(4) *Bas.*, I, p. 629 (Stéphane) : οὐ χρεία συμφώνων ἰδικῶν, ἵνα γένηται ταῦτα, ὁπότε κατὰ φύσιν ἔνεστι ταῦτα τῷ συναλλάγματι.

(5) VII, 13 : τὰ προσεβηκότα, ἅπερ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος ὁ νόμος εἴρηκε.

(6) *Bas.*, I, p. 629, *ibid.*

(7) V. p. 624, n. 6 et 7.

du contrat (1). Le second pacte sera justement qualifié de pacte *secundum naturam* (2).

Donnons maintenant des exemples de pactes *extra naturam* adjoints à une vente :

Les parties conviennent, *ab initio*, que le vendeur ne fournira pas la promesse du double : la *natura contractus*, et par suite, l'action *empti* est changée par diminution : διὰ τοῦ συμφώνου μετηλλάγη ἡ φύσις..... καὶ ἐμειώθη (3). Le pacte est *extra naturam*. En sens inverse les parties conviennent que le vendeur donnera un fidéjusseur pour fortifier la *promissio duplae*. Cette fois les parties sont allées au delà du droit commun de la vente παρὰ τῆς πράσεως κανόνας (4), et comme dit notre texte, elles ont encore fait un pacte *extra naturam contractus*. Mais ici le pacte a changé par augmentation la nature de l'action et par suite la nature du contrat : ἰδοὺ πάλιν ἠμείφθη ἡ ἐξ ἔμπτο ἀπὸ το τοῦ τοιούτου συμφώνου καὶ ηὔξησε τὴν φύσιν ἐπὶ τῇ παροχῇ τοῦ ἐγγυητοῦ (5).

(1) Cf. *Bas.*, XI, 1. 63; *Epit. legum*, XI, 5.

(2) On pourrait citer bien d'autres exemples de pactes *secundum naturam*, par exemple celui-ci, souvent relevé dans les Basiliques par les scholiastes. Il est dans la nature de l'action *de dote* que certaines choses dotales ne soient rendues que *post annum*. On peut convenir que ces choses seront rendues aussitot, puis faire une convention nouvelle détruisant la première. Un texte des Basiliques nous dit que la dot revient alors *ad propriam naturam* (Cf. *supra*, p. 485, n. 1); le second pacte était donc un de ces pactes κατὰ φύσιν dont parle la *Meditatio*, VI, 23. Cf. *Bas.*, I, 565, sch., 10; 600, 601, 603, sch., 15; 663, sch., 14.

(3) *Bas.*, I, p. 656, sch., Ἡ ἄκρα. Cf. *Bas.*, II, p. 633.

(4) *Bas.*, I, p. 38, sch., τοῦ Ἀνωνύμου. Dans ce texte l'Anonyme note « que certaines actions ont naturellement certaines conséquences, εἰσί τινες ἀγωγαί, αἵτινες ἔχουσί τινα φυσικῶς ταύταις ἑπόμενα, par exemple, la vente contient naturellement la *stipulatio duplae*..., mais il est *extra regulas* (παρὰ κανόνας) *conditionis*, que le vendeur donne un fidéjusseur *duplae nomine*. Toutefois, s'il y a en ce sens une convention dérogeant au droit commun, elle vaut, car elle ne constitue pas un pacte illicite (κόντρα λέγεμ). — En traduisant παρα par *contra*, Heimbach nous semble faire un contre-sens répété ailleurs. V. I, p. 629, *in fine*.

(5) *Bas.*, I, p. 656, sch. Ἡ ἄκρα.

Les pactes dont il vient d'être question étaient adjoints *ab initio* à la vente. S'il s'agissait de pactes *ex intervallo*, il faudrait reporter ici ce qui a été dit pour le dépôt et le commodat. Le pacte augmentatif n'opérera ni changements dans la nature du contrat, ni transformations dans l'action (1); le pacte diminutif, au contraire, changera la nature du contrat et transformera l'action (2). Il la transformera en fournissant une exception (3).

Pour mieux préciser les effets des pactes adjoints dans le dépôt, le commodat, la vente, et, d'une façon générale, dans tous les contrats de bonne foi, on peut en comparer ces effets avec ceux que produisent les mêmes pactes dans les contrats de droit strict. Les scholies des Basiliques et, en particulier, la prothéorie de Stéphane sur la loi, 40 D. XII, 1 (V. *Bas.* 42, XXIII, 1), donnent tous les éléments de cette comparaison. Les pactes adjoints *in continenti* à un contrat de droit strict changent sa nature et transforment son action seulement *ex parte rei* (ἐκ πλευροῦ τοῦ ῥέου) (4), ou, si l'on veut parler autrement, ils donnent au *reus* une exception inhérente à l'action, car tel est le résultat de la transformation (5). Quant aux pactes *ex intervallo*, ils sont sans effet sur la nature du

(1) *Bas.*, II, p. 634 (Stéphane) : Εἰ τοίνυν αὐξητικὸν εἴη τὸ σύμφωνον τὸ *ex intervallo*, τὴν μὲν φύσιν οὐκ ἀμείβει τοῦ συναλλάγματος οὐδὲ αὔξει ἢ μετατυποῖ τὴν *ex empto*, παραγραφὴν δὲ χαρίζεται τῷ ἀγοραστῇ....

(2) *Bas.*, II, p. 634 (Stéphane) : Εἰ μὲν οὖν μειωτικὰ (sc. σύμφωνα) ἐστιν..... μετατυποῦσι τὴν ἀγωγὴν καὶ τὴν φύσιν ἀμείβουσι τοῦ συναλλάγματος, καὶ ἡ *ex empto* λοιπὸν οὐκέτι κατὰ τὴν οἰκείαν φύσιν κινεῖται, οὔτε ἀπαιτεῖ τὸν πράτην ἐπερωτηθῆναι τὴν δοῦπλαν.

(3) *Bas.*, II, p. 6, *ibid.* : τὴν δὲ bona fide μειωτικὰ μὲν ὄντα (sc. σύμφωνα) τοῦ συναλλάγματος μετατυποῖ καὶ ἐνοῦσαν τίκτει παραγραφήν. L'exemption est inhérente à l'action, mais c'est tout de même une exception. V. *suprà*, p. 496, n. 1 et 2.

(4) Cf. *Bas.*, II, p. 634. L'Anonyme écrit également à propos des pactes *in continenti* : τὴν bona fide ἀγωγὴν ἀδιαστίκτως μετατυποῖ, τὴν δὲ στρίκταν ἐκ πλευροῦ τοῦ ῥέου.

(5) *Bas.*, I, p. 563, sch. 3 : ἐπὶ μὲν οὖν τῶν στρίκτων τὸ σύγχρονον πάκτον τότε μετατυποῖ τὴν ἀγωγὴν ὅτε ἐπὶ ὠφελείᾳ τοῦ ῥέου γεγένηται, καὶ δίδωσιν

contrat et n'opèrent aucune transformation de l'action.

La différence d'effets entre les contrats de bonne foi et ceux de droit strict se réduisait donc à ceci : Le pacte adjoint *in continenti* au contrat de droit strict ne transforme pas l'action *ex parte actoris*, et le pacte adjoint *ex intervallo* ne la transforme pas *ex parte rei* (1).

* *

Nous sommes maintenant en état de répondre à la question posée plus haut : Qu'est-ce que la *natura contractus* (2) ? Il est clair que les Byzantins désignent ainsi l'ensemble des éléments qui donnent à une institution juridique sa physionomie propre, et qui en fixent la place et les limites dans la vaste région des conventions de toutes sortes. En s'attachant à l'idée d'une *natura contractus*, en liant ce concept à la théorie des *pacta adjecta*, en faisant celle-ci fonction de celui-là, les juristes du VI[e] siècle, — et c'est le mérite de M. Rotondi de l'avoir vu et dit, — ouvraient toute droite la voie qui tôt ou tard devait conduire à l'idée moderne du contrat. Le pacte adjoint *extra naturam*, c'était le moyen d'assouplir, d'élargir les cadres anciens trop rigides et trop étroits, d'altérer la nature de chaque contrat (3) en y faisant entrer des règles propres à d'autres, de multiplier les contacts entre toutes ces constructions juridiques si solides et si belles mais trop longtemps séparées, héritage précieux et insuffisant des temps classiques. Avec la notion de la *natura contractus* et du pacte adjoint *extra naturam*, et grâce au large développement donné aux

καὶ παραγραφὴν τούτῳ ἐνοῦσαν ἐκ τοῦ μεταμορφῶσαι τὴν ἀγωγήν. Cf. II, p. 635, sch., 4.

(1) Cf. Rotondi, *op. cit.*, p. 60.

(2) V. p. 626.

(3) *Bas.*, II, p. 337, sch., 2 : ... ἀμείβειν γὰρ τὰς φύσεις τῶν συναλλαγμάτων διὰ συμφώνων ἔξεστιν. Cf. Rotondi, *op. cit.*, p. 115.

contrats innommés qui deviennent un procédé fécond de généralisation (1), les juristes du VI[e] siècle possédaient les moyens de dégager l'idée générale du contrat et l'idée corrélative de l'action. Mais ni ces juristes, ni, *a fortiori*, ceux qui les suivirent, ne furent vraiment à la hauteur de leur tâche. Ils ne surent ni mettre en œuvre les moyens qu'ils avaient en mains, ni aller jusqu'au bout de leurs idées. Spécialement, en matière de pactes adjoints, si on rapproche les textes classiques de ceux de Justinien et des Basiliques, on constate que les règles qu'ils contiennent sont le plus souvent restées pareilles. Les progrès réalisés ont été peu de chose comparativement à ce qu'ils eussent dû être. Et c'est sans doute pour cela que les manuels byzantins s'inquiètent si peu des *pacta adjecta* et ne mentionnent guère le pacte *extra naturam contractus* (2).

* * *

Revenons à la définition du pacte nu. Nous avons déjà reproduit celle que donnait notre auteur (3). On

(1) C'est à quoi l'auteur de la *Meditatio* fait une brève allusion, II, 2 dans les mots : τοῦ πρωτοτύπου ..... γένους ; mots que nous avons traduits non par *genre primitif* (*Sic*, Leunclave J. G. R., II, p. 193) ni par *genre principal* (*Sic*, Heimbach, *Basiliques*, II, p 555, sch., 3), mais par *modèle général*. A notre estime, en effet, la *Meditatio* veut dire que le contrat innommé est un type général de contrat d'où naît l'action générale *praescriptis verbis*, action que l'on peut rapprocher, moins de la *condictio generalis*, *Bas.*, II, p. 591, que de l'*actio in factum* née du serment volontaire, D., XII, 30, pr., des actions de *peculio, de in rem verso*, *Bas.*, VII, p. 204. sch., 3, de la *petitio hereditatis* (V. *Mélanges Fitting*, 1907, I, Biagio Brugi, p. 121 ; Jobbé-Duval, p. 439, sqq., et d'autres encore. Mais ces actions générales se spécialisent, quand on les exerce, par l'obligation d'indiquer la *causa actionis*. Cf. Longo, *Natura actionis nelle fonti bizantine*, *Bull. dell' Istituto di diritto romano* (1905), XVII, p. 33 sqq.

(2) Voir cependant *Synopsis major*, J. G. R. V., p. 605 ; *Synopsis* d'Attaliates, XII, 2 (dans Σγοῦτα Θέμις, VIII, p. 68), Nov. 29, de Basile II, J. G. R., III, p. 362, et les textes d'Harménopule plus haut cités, p. 626, 627, n. 4, 5, 8 ; p. 628, n. 1 ; p. 629, n. 2.

(3) V. *suprà*, p. 481.

sait qu'elle soulevait de vives contestations. Aussi insiste-t-il (1). Il reconnaît que sa façon de penser a quelque chose d'imprévu pour ceux qui n'ont pas fait de la théorie des pactes un examen rigoureux (2), qu'elle contient « de l'étonnant et du paradoxal » (3). De cette définition le principal adversaire de notre auteur se moquait en termes peu mesurés (4). Il ne voulait voir dans tout ce que celui-ci soutenait qu'une élaboration stérile, un bavardage d'exégètes (5). Il laissait entendre que l'auteur de la *Meditatio* se mettait en opposition non seulement avec les règles des Basiliques, mais encore avec les règles suivies dans la pratique et avec celles édictées par la législation postérieure aux Basiliques (6).

Le lecteur s'étonnera sans doute qu'on discutât aussi chaudement sur la définition et la classification des pactes nus. Mais il ne faut pas oublier que nous sommes à Byzance, et que jamais les définitions, classifications, catégories ne sont assez nombreuses pour ces excessifs logiciens. En outre, on a déjà dit (7) quelle importance avait prise la théorie des pactes pour les juristes byzantins, et quel péril en naissait pour le vieux système contractuel. Enfin un intérêt spécial venait de l'affaire en vue de laquelle la *Meditatio* était rédigée. La théorie séculaire du pacte nu entrait ici en conflit avec celle du *contrarius consensus* (8). Il fallait donc rappeler à des

(1) III, 5.
(2) IV, pr.
(3) V, pr.
(4) III, 5; IV, pr.
(5) VI, pr., 6.
(6) VI, pr., 2; III, 1. Cf. p. 29, n. 5. — Tous les passages de la *Meditatio* qui ont trait aux rapports des Basiliques avec la législation antérieure et postérieure sont d'une grande importance dans la question fort connue et sur laquelle nous reviendrons plus tard : jusqu'à quelle époque les compilations de Justinien ont-elles conservé leur valeur légale?
(7) V. p. 1, p. 37.
(8) V. p. 494, sqq.

esprits prompts à s'égarer les règles du *contrarius consensus* — on a déjà vu comment notre auteur l'a fait (1) — et aussi la définition et les effets des pactes nus.

La contradiction qu'on opposait à notre auteur l'irrite visiblement (2) et le gêne. Il proclame qu'il lui serait facile de terrasser son contradicteur « par une infinité d'épichérèmes », et de démontrer qu'il ne s'agit pas là d'un bavardage d'exégètes (3). Mais, ajoute-t-il aussitôt : « Ce n'est pas le moment » (4). Pourquoi n'est-ce pas le moment ? On n'en sait rien. C'était la volonté d'apprendre à ceux qui l'ignoraient la division des pactes qui avait conduit notre auteur à écrire la *Meditatio* (5). Or, sur la pratique et sur la législation postérieure, alors que l'occasion s'offrait et s'imposait de démontrer que son contradicteur était dans l'erreur, il se tait tout à plat. Sur les Basiliques et même le Digeste, il donne, il est vrai, des explications, mais on ne peut se tenir de penser que ces explications sont insuffisantes et obscures.

Résumons-les :

Les Basiliques sont formelles (6). Elles disent que le pacte ψιλόν n'engendre pas d'action, mais seulement une exception. Et, en effet, la nature du pacte est telle (7). Or un pacte ψιλόν, qu'est-ce ? C'est un pacte nu, et le pacte nu, c'est un pacte *ex intervallo* (8). Ici l'auteur nous recommande de redoubler d'attention si nous voulons comprendre (9), et il continue à peu près ainsi : Quand le

(1) Cf. *suprà*, p. 28.

(2) Cf. Charles-Guillaume-Ernest Heimbach, *Observationum juris graeco-romani liber primus*. Lipsiae, 1830, p. 35 : ... apparet nostrum auctorem, dum scribit, tum ira plenum fuisse.

(3) VI, 6.

(4) VI, 7 : Ἀλλ' οὐ νῦν τούτου καιρός.

(5) Pr. 1.

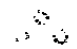
(6) VI, 8, 15.

(7) VI, 9.

(8) VI, 10.

(9) VII, 11 : πρόσχες τῷ ἑπομένῳ ῥήματι καὶ γνώσῃ.

pacte φιλὸν est fait *ab initio*, on le qualifie de pacte *in continenti* et il forme l'action (1). Donc, qu'il engendre une exception ou une action, qu'il soit *ex intervallo* ou *in continenti*, il est φιλὸν, c'est-à-dire νοῦδον (2). On pourra produire « de prolixes écrits et par myriades », mais pas un seul en sens contraire (3). Notre auteur n'ajoute rien de plus, sauf à revenir, à la fin de sa méditation, sur la concordance parfaite qui existe entre sa doctrine, celle des Basiliques et celle des anciens (4). Quoi qu'il en dise (5), personne ne verra une démonstration dans cette série d'affirmations sans aucun lien logique. Mais puisque l'autorité et les écrits de Stéphane sont, sans cesse, invoqués par notre auteur (6), voyons quelle était, en matière de pactes, la terminologie usitée par Stéphane et les scholiastes anciens.



De longs fragments de Stéphane sur les conventions et les contrats nous ont été conservés par le *Codex Coislianus* 152. On les trouvera dans le tome I de l'édition des Basiliques d'Heimbach (7). La scholie Μαθῶν est particulièrement instructive. Stéphane y expose le système contractuel romain et conclut que du pacte nu ne naît pas d'action (8). Puis il se pose la question : qu'est-ce que le pacte nu? car, ajoute-t-il, cela est nécessaire à dire (9). Mais au lieu de répondre à sa propre question, le juriste se retranche sur la difficulté d'une définition :

(1) VI, 12, 13.
(2) VI, 13, 15 : .... τὸ νοῦδον πάκτον αὐτό ἐστι τὸ φιλὸν καὶ τὸ *ex intervallo* καὶ τὸ *ex continenti*.
(3) VI, 14.
(4) VII, 13.
(5) VI, pr. τούτων ἀποδεδειγμένων οὕτως.
(6) Préf. 2, II, 4, IV, 3, 4; V, 6, 19, etc.
(7) *Bas.*, I, p. 557, 559 sq., 566 sq.
(8) *Bas.*, I, p. 559-562.
(9) *Bas.*, I, p. 560 : τί δέ ἐστιν νοῦδον πάκτον ἀναγκαῖον εἰπεῖν.

« Il y a des choses qu'on ne peut définir qu'en les opposant à des choses déjà connues » (1). C'est ainsi qu'on connaîtra le pacte nu quand on connaîtra les conventions confirmées par la loi, les contrats nommés et les contrats innommés.

La caractéristique du pacte nu apparaît bien ici. Le pacte est nu qui n'est pas sanctionné directement par une action (2). Voilà qui est net et clair. Mais alors pourquoi nous dire ailleurs que parfois d'un pacte nu naît une action (3)? — Pourquoi, dans la scholie Μαθὼν, *Bas.*, I, p. 559, reprenant la question : qu'est-ce que le pacte nu ? répondre que c'est le pacte qui n'est ni un contrat nommé, ni un contrat innommé (4)? D'où la conséquence qu'il faut ranger parmi les pactes nus la convention confirmée par une loi, conséquence que Stéphane, quelques lignes auparavant, avait formellement rejetée. — Pourquoi, toujours dans la même scholie, appeler pacte nu le pacte adjoint *in continenti* à un contrat de bonne foi, alors que ce pacte, s'incorporant au contrat et lui donnant, comme le dit Stéphane lui-même, une nouvelle nature, trouve sa sanction directe dans l'action du contrat (5)? Ne sont-ce pas là les contradictions dans les termes que nous avons trouvées dans la *Meditatio*?

Mais laissons Stéphane, et voyons quel est le langage tenu par d'autres scholiastes anciens.

(1) Εἰσί τινα αὐτόθεν μὲν ὁρίζεσθαι μὴ δυνάμενα, ἐκ δὲ τῆς τῶν ἄλλων χαρακτηριζόμενα διαιρέσεως.

(2) Τοιγαροῦν τὸ νοῦδον πάκτον οὐ τίκτει ἀγωγήν.

(3) *Bas.*, I, p. 557 : ἔσθ' ὅτε ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγή. Cf. *Bas.* I, p. 586 : καὶ εἰκότως ἀπὸ ψιλοῦ πάκτου συνίσταται ἀγωγή τουτέστιν ἡ ὑποθηκαρία.

(4) *Bas.*, I, p. 560 : Ἐὰν οὖν ἐρωτήσῃ τις, τί ἐστι τὸ νοῦδον πάκτον, εἰπέ, ὅτι νοῦδόν ἐστι πάκτον τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἱστάμενον ἡγησαμένης πρότερον δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει.

(5) *Bas.*, *ibid.* : τὸ γὰρ νοῦδον, ὡς πολλάκις εἴρηται, πάκτον..... ἔσθ' ὅτε δὴ μετατυποῖ τὴν ἀγωγὴν καὶ καινοτέραν ὥσπερ αὐτῇ χαρίζεται φύσιν.

Thalélée, glosant une constitution de Sévère Alexandre (1), écrit (2) : « Si je t'ai dit que je te donnerai cinquante..... point d'action, attendu que le pacte est nu (3). Cela s'entend quand il n'y a pas donation, car, au cas de donation, il y a *condictio ex lege*..... Mais si, comme il est prévu dans la constitution, tu as donné d'abord quelque chose avec convention subséquente qu'on rendrait ce qui a été donné, il n'y a plus *nudum pactum*, mais convention qui engendre la *condictio* ou l'action *præscriptis verbis* » (4). Rien de plus clair. Il n'y a de pacte nu que le pacte qui n'a pas la sanction directe de l'action. Une scholie sur la loi suivante du Code (V, 3, 11), ajoute une précision de renfort : quand on a joint à une *datio fundi* un pacte *de re reddenda*, ce pacte n'est pas nu (5). On se souvient que notre auteur, au contraire, n'hésitait pas à voir dans un tel pacte adjoint un pacte nu (6).

Dans deux scholies attribuées à Dorothée, on trouve une terminologie différente. Dans la scholie Ἀπὸ γυμνῶν συμφώνων (7), nous lisons que l'expression pacte nu s'applique au pacte fait *sine causa;* à la convention de donner ou de faire sans qu'une dation ou un fait ait précédé; au pacte fait *ex intervallo* pour empirer la situation de l'obligé (8); à la convention *sine stipulatione*. Dorothée (?) voit donc dans le pacte adjoint

(1) Il s'agit de la loi 10, C. J. II, 3 = 1, V, 14.

(2) *Bas.*, I, p. 650, sch. Σημείωσαι.

(3) *Bas.*, I, *ibid.* : οὐδεμία τίκτεται..... ἀγωγή, ἐπειδή νοῦδόν ἐστι τὸ σύμφωνον.

(4) *Bas.*, I, *ibid.* οὐκ ἔστι γυμνόν τοῦτο τό σύμφωνον ἀλλὰ κομβεντίων ἐστὶ καὶ τίκτει τὸν κονδικτίκιον ἤτοι τὴν *praescriptis verbis.*

(5) *Bas.*, I, p. 652, sch. 1 : μὴ εἶναι τὸ σύμφωνον νοῦδον, ὅτε περὶ ἀναδόσεως τοῦ δεδομένου πράγματος σύμφωνον παρακολουθήσει.

(6) I, 2.

(7) *Bas.*, I, p. 565 : τὸ ψιλὸν σύμφωνον κατα δ' τρόπους λέγεται.

(8) .... ὅταν μετὰ χρόνον γένηται καὶ σκληροτέραν ἔχει αἵρεσιν παρὰ τὰ ἐξ ἀρχῆς δόξαντα. Dorothée cite comme exemple le cas où le vendeur promet, après coup, de donner un fidéjusseur.

ex intervallo un pacte nu. Il va plus loin encore dans la scholie suivante, car il n'hésite point à appeler *pacta nuda* même les pactes adjoints *in continenti* (1). Ne croit-on pas entendre l'auteur de la *Meditatio*?

Cyrille ὁ ἰνδικευτής — qu'il ne faut pas confondre avec Cyrille, auteur d'un traité des définitions où se trouvait un commentaire détaillé des pactes (2) — écrit que le pacte est nu qui est *sine causa*, et que le pacte nu n'engendre pas d'action (3), ce qui ne l'empêchera pas d'écrire aussi que du pacte nu d'hypothèque naît l'action hypothécaire (4). Le même Cyrille nous dira encore que le pacte *in continenti*, s'incorporant à l'action de bonne foi profite à l'*actor*, tandis que le pacte *ex intervallo*, étant un pacte nu, ne donne pas d'action et ne s'incorpore pas au contrat (5).

Théodore, qui est un élève de Stéphane, dans un fragment de son *index* du Code, soutient que le pacte *de reddenda dote in continenti factum* n'est pas considéré comme un pacte nu, d'où la *condictio* qu'il engendre (6).

Enfin Enantiophanes, voulant appeler l'attention sur des cas où d'un pacte nu naît une action, cite le pacte joint au *nauticum foenus* et le pacte joint au *mutuum* fait à une *civitas* (7).

Ces textes suffisent — on en pourrait produire d'autres — à démontrer que l'expression *pacte nu*, au VI[e] et au VII[e] siècle, a quelque chose de vague et de difficile à

(1) *Bas.*, I, p. 565, sch. 8 : τὰ γυμνὰ σύμφωνα..... ἔσθ' ὅ τε τυποῖ τὴν μέλλουσαν τίκτεσθαι ἀγωγήν.

(2) *Bas.*, I, p. 646, sch. ταύτην.

(3) *Bas.*, I, p. 562.

(4) *Ibid.*, p. 586, sch. Ἡ *justi.*

(5) *Bas.*, I, p. 562 : ἐπειδὴ νουδόν ἐστι.

(6) *Bas.*, I, p. 650 : in continenti γενόμενον πάκτον οὐ νοεῖται νοῦδον ἤτοι γυμνόν· ὅθεν καὶ τίκτει τὸν κονδικτίκιον. — Et ailleurs, III, p. 486 : ..... ἀπὸ συμφώνου ἀγωγὴν μὴ τίκτεσθαι. τότε γὰρ τοῦτο λέγομεν, ἡνίκα τὸ σύμφωνον γυμνόν ἐστιν.

(7) *Bas.*, I, p. 565, sch. 7.

limiter. Tantôt sa signification s'élargit jusqu'à comprendre les pactes munis d'action et tantôt elle se restreint au pacte isolé défendu par une simple exception. D'ailleurs, même à l'époque classique, il ne semble pas que toujours les juristes donnent aux mots *pacte nu* le même sens. A la vérité, de l'ensemble des textes se dégage l'idée que le pacte nu, c'est celui qui n'engendre pas d'action (1). Veut-on quelques exemples? Hermogénien enseigne que la convention de partage, tant qu'elle reste un pacte nu, ne peut donner d'action (2). Alexandre Sévère observe que, dans l'hypothèse d'un contrat innommé, on ne peut objecter, pour refuser l'action, la maxime *ex pacto actionem non nasci*, car cette maxime est seulement applicable quand le pacte est nu (3). A son tour, Dioclétien, saisi de la réclamation d'une certaine Paulina qui, ayant fait une donation *sub modo*, n'avait rien reçu, répond : une telle convention n'étant pas un pacte nu, le donateur aura une action (4). — Mais le lecteur sait bien aussi que l'on trouve quelquefois dans les textes classiques des raisons d'attacher aux mots *pactum nudum* une signification moins laborieuse. Quand Paul écrit qu'un pacte nu fait courir les intérêts des sommes d'argent prêtées à une ville (5), lorsque Sévère Alexandre nous dit que le pacte nu rend exigibles les intérêts au cas de prêt de denrées (6), il est évident que, pour le juriste et pour l'empereur, l'expression *pacte nu* ne signifie plus une convention dépourvue de sanction directe, mais la convention à laquelle rien ne s'ajoute, ni formalités, ni solennités, ni dation ou fait préalable en

(1) L. 7, § 4, D. II, 14; LL. 8, 15, D. XIX, 5.

(2) L. 45, D. II, 14 : ..... *ad actionem, ut nudum pactum nulli prodesse poterit.*

(3) L. 10, C. II, 3 — L. 1, c. V, 1.

(4) L. 8, C. IV, 64. Cf. LL. 28, C. II, 3; 27 C. IV, 65; 2 C. VIII, 14 (15) et Paul S. R. XIV, 1.

(5) L. 30, D. XXII, 1.

(6) L. 12, C. J. IV, 32. L. 23, D. I. et *Bas.*, XI, 1, 7

vue d'une prestation à obtenir ensuite. Le pacte est *nudum*, c'est-à-dire *solum* (1), *simplex, merum* (2). Dans un langage pittoresque et plaisant, les juristes du moyen âge diront qu'il est *nudum* parce qu'il n'est pas revêtu d'habillements légaux, *quia non habet unum de vestimentis a lege inventis*.

* * *

L'imprécision que l'on vient de constater dans les scholies anciennes, l'embarras à définir le pacte nu devaient se retrouver et se retrouvent en effet dans les scholies récentes et dans les ouvrages postérieurs aux Basiliques.

a) La scholie τουτέστιν (3) se résume en une double proposition : — il y a *nudum pactum* quand il n'y a pas eu *dare aut facere ut aliquid daretur aut fieret* ; — il y a aussi *pactum nudum* quand un engagement est pris sans *poena*.

b) La scholie Ζήτει (4) est beaucoup plus explicite : « Sache, écrit le scholiaste, qu'un pacte est nu, n'engendrant pas d'action, quand il n'est pas confirmé par la loi, quand il n'a pas de nom spécial, quand il n'a pas une des *quattuor causae* (5). Mais souvent tel pacte qui a un nom, qui engendre une action, est appelé nu par la loi, par exemple le *pignus*. Ce pacte, en effet, a un nom, et au lieu d'une action il en a quatre : les actions *pigneratitia, serviana, quasi serviana, hypothecaria in rem*. Il est

(1) L. 23, C. I, VIII, 13 (14).

(2) Cf. Vinnius, *Institut. Commentarius*, édit. Heineccius, 1726, p. 594. Cf. Iohannis d'Avezan, *Contractuum. lib.* I, ch. I, dans le *Trésor de Meerman*, IV, p. 6 : *Pactum nudum dicitur quod tantummodo pactum est, nihil aliud quam pactum.*

(3) *Bas.*, I, p. 564, ch. 6. — Cf. scholie Ψιλὸν σύμφωνον *Bas.*, I, p. 658 ; sch. Καὶ μὴ ὅτε I, p. 653 ; sch. Κυροῦται I, p. 667.

(4) *Bas.*, *Ibid.*

(5) Allusion aux combinaisons signalées L. 5, pr. D. XIX, 5. *Aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias.*

appelé nu parce qu'il n'est pas considéré en lui-même et ne subsiste pas par lui-même, et n'a pas de consistance en soi. Il accompagne une autre convention ».

De ce texte il résulte que le scholiaste applique la dénomination de pacte nu : 1° au pacte qui n'engendre pas d'action ; 2° au contrat de *pignus*, parce qu'il est accessoire. Nous avons déjà vu donner au *pignus* le nom de pacte nu (1), mais non pour cette singulière raison.

c) La scholie Μὴ δόξῃ (2) affirme qu'il n'y a pas contradiction entre ce qu'on lit aux Basiliques XI, 1, 7 et ce qu'on lit aux mêmes Basiliques XXIII, 3, 30, 51, 52, entre la règle que « d'un pacte ne naît pas d'action » et cette autre règle que « les intérêts sont dus *ex nudo pacto* » en cas d'argent prêté à une cité ou en cas de *mutuum* de fruits. Il n'y a pas contradiction, dit le scholiaste, parce que les lois spéciales dérogent à la loi générale. A la bonne heure! Mais il reste que le scholiaste appelle ici pactes nus aussi bien les pactes munis d'action que les autres, tandis que dans la scholie τὴν παροῦσαν (3), un autre scholiaste dira seulement du pacte non muni d'action : voilà le pacte nu.

d) La scholie Διὰ τὸ (4) concerne le pacte de remise partielle et conditionnelle prévu au Digeste par Papinien, D. II, 14, 41 et aux Basiliques XI, 1, 41. Le *capitulum* porte que l'on n'a pas d'action pour obtenir l'acceptilation. Le scholiaste ajoute : parce que le pacte est nu, c'est-à-dire *ex intervallo* ; mais s'il s'agissait d'un pacte *ex continenti* et d'un contrat de bonne foi, le pacte engendrerait une action (5). Le pacte nu est donc ici nettement opposé au pacte *ex continenti*.

(1) V. *supra*, p. 62, n. 4.
(2) *Bas.*, I, p. 565, sch. 7.
(3) *Bas.*, I, p. 651.
(4) *Bas.*, I, p. 628, sch. 4.
(5) Cf. *Bas.*, I, p. 565, sch. τὸ δὲ ψιλόν. Le scholiaste, encore ici, appelle pacte nu le pacte adjoint *ex intervallo*.

Ces citations suffisent. Passons à l'examen de quelques textes pris en dehors des Basiliques.

Parmi les novelles impériales, nous ne trouvons à citer, concernant les pactes nus, que la novelle 72 de Léon le Philosophe. L'empereur nous apprend que plusieurs juristes bronchaient quand il s'agissait d'entendre la règle légale : le pacte nu engendre une exception, non une action. Ils définissaient le pacte nu : tout pacte fait sans *poena* (1), même quand les parties avaient apposé sur l'écrit le signe de la croix ou y avaient inséré une invocation à la Sainte Trinité. Les juristes que Léon critique étaient donc d'avis que tous les pactes étaient nus, sauf ceux que fortifiaient une *stipulatio poenae*. Nous sommes tout proches des définitions de la *Meditatio*. Et notons que Léon VI ne redresse l'opinion signalée par lui que sur un point : le pacte cessera d'être nu quand il sera couché par écrit et accompagné des mentions sus-indiquées (2).

Dans les livres de droit rédigés du x[e] au xiv[e] siècle il est aussi quelquefois question des pactes nus. Un petit nombre d'exemples suffira à montrer que la terminologie y est hésitante et imprécise.

Dans la *Synopsis major* (du milieu du x[e] siècle), outre quelques textes bien connus tirés des compilations de Justinien, textes relatifs aux pactes soit isolés soit adjoints (3), on trouve deux scholies (4) qui méritent d'attirer l'attention. La première n'est qu'une reproduction allongée de l'énumération des pactes nus attribuée à Dorothée et déjà citée plus haut (5). Dans six cas

(1) Ἅπαν σύμφωνον ἀπροστίμητον ψιλὸν ὑπάρχειν. Cf. la novelle de Romain le Jeune J. G. R. V, p. 288 *in fine*.

(2) Cf. sch. ἡ νέαρα en note dans la *Promptuarium* de Harménopule, I, 9, 7.

(3) V. J. G. R. III, Σ, VIII, 7; Ψ, II, 3.

(4) P. 702, n. a. — Sur les scholies de la *Synopsis major*, cf. H. Monnier : *La novelle L de Léon le Sage*, 1912, p. 29, n. 1-4.

(5) P. 41, n. 7.

et non plus quatre, il y a pacte nu (1). C'est à savoir : 1° quand on convient de donner quelque chose à quelqu'un sans cause déjà existante, c'est-à-dire sans accomplissement préalable d'un fait ou d'une dation; 2° quand on convient, *μετὰ χρόνου τοῦ συναλλάγματος*, de rendre plus dure l'obligation née du contrat; 3° quand je conviens de te donner quelque chose pour t'empêcher de faire une chose absurde; 4° lorsque la convention n'est pas coulée dans le moule d'une stipulation; 5° quand le pacte a lieu sans *traditio rei*; 6° quand une dation a été faite d'un seul côté et sans convention entre les deux parties.

Surenchérissant sur cette première scholie, la seconde scholie distingue sept catégories de pactes nus (2). Aux hypothèses (déjà prévues dans la première scholie) d'une convention de *dare* ou *facere* sans dation ou fait préalables, d'un pacte empirant la situation de l'obligé, d'un pacte sans stipulation, l'auteur ajoute les hypothèses suivantes : *pactum sine causa factum, pactum imperfectum*, convention de vente sans prestation du prix ou de la *res vendita*, convention dans laquelle il y a honte pour celui qui doit recevoir.

Ces deux scholies montrent à merveille tout ce qu'on était arrivé à ranger pêle-mêle sous l'étiquette : pacte nu. Elles témoignent aussi de tout ce qui régnait de désordre dans les esprits et d'arbitraire dans la classification des pactes.

La *Practica sive Doctrina ex actis magni viri Eustathii Romani* (3) est un ouvrage écrit vers le milieu du XI^e siècle (4). Le titre XLV est consacré aux conventions.

(1) Τὸ ψιλὸν σύμφωνον ἑξαχῶς.

(2) Τὸ ψιλὸν σύμφωνον κατὰ ζ' αἰτίας γίνεται και τροπους.

(3) Πεῖρα ἤγουν διδασκαλία ἐκ τῶν πράξεων τοῦ μεγάλου κυροῦ Εὐσταθίου τοῦ ῥωμαίου, éditée par Zachariae von Lingenthal, J. G. R. I, p. 1-312.

(4) Sur cet ouvrage, V. Zachariae dans les *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft* de Richter et Schneider, XXII, p. 597 et s.; Fischer, *Studien zur byzantinischen Geschichte des elften Jahrhun-*

Dans ce titre, le § 12 est surtout digne de remarque. Nous en proposons la traduction suivante : « Le pacte n'engendre pas d'action, mais une exception. Fait *ab initio*, il transforme l'action dans l'*emptio-venditio* et dans les *judicia bonae fidei*. On appelle aussi pacte nu celui qui est conclu en vue d'une dation ou d'un fait, sans fait ou dation préalable. Par exemple, quand l'acheteur conviendra, *ab initio*, donnant le prix, de recevoir un fidéjusseur, cela n'est pas un pacte nu. Le pacte est efficace, et de toute façon le fidéjusseur est exigible. Mais si, après la vente, une *carta* est dressée pour que je donne un fidéjusseur moyennant le prix, alors le pacte est nu, et, au paiement du prix, le vendeur n'est pas forcé de fournir le fidéjusseur. Il repoussera l'acheteur (1) comme invoquant un pacte nu. Que si l'acheteur n'ayant pas encore payé le prix en entier, mais seulement une moitié, n'agit pas contre le vendeur (2), le pacte étant nu, mais se refuse à payer le reste du prix tant qu'il n'a pas reçu le fidéjusseur, il invoquera, contre le vendeur agissant, l'effet du pacte nu et il triomphera. En somme, lorsque rien n'est dû en outre au vendeur, l'acheteur sera repoussé par suite du pacte nu. Que s'il est dû quelque chose au vendeur, l'acheteur n'a pas d'action, mais il repoussera le vendeur par l'exception tirée du pacte nu (3). Tout cela s'applique exclusivement aux titres pour lesquels cela a été énoncé, par exemple à la

dertes, Plauen, 1883, p. 54 sqq. ; H. Monnier, *Novelle L de Léon*, p. 32 sqq. — Dans le petit questionnaire scolaire publié par M. Treu, *Byzantinische Zeitschrift*, II, 97, le maître demande notamment à l'élève : ὡμίλησας τῇ Πεῖρᾳ τοῦ σοφωτάτου Ῥωμανοῦ.

(1) Παραγραφέται γὰρ τὸν ἀγοραστὴν ὡς ψιλὸν ἔχοντα σύμφωνον. — Sur le sens du mot παραγραφή, cf. p. 502, n. 3.

(2) Le manuscrit Laurentien LXXX, porte : τότε ἐνάγει, mais Zachariae corrige avec raison en intercalant οὐκ.

(3) Au lieu du texte donné par le Laurentien, on lira, avec Zachariae : ἀγωγὴν μὲν οὐκ ἔχει ὁ ἀγοραστὴς κατ' αὐτοῦ, ἐκ τούτου δὲ τοῦ ψιλοῦ συμφώνου παραγράφεται αὐτόν.

vente et aux autres contrats de bonne foi. Le *capitulum* 55, liv. XIX, tit. 11 porte en effet (1) : s'il a été convenu qu'on s'obligeait à payer le simple ou le triple ou le quadruple (2), l'*actio empti* compète à perpétuité, non pour la dation des fidéjusseurs, sauf convention là-dessus, mais pour l'exécution de la *nuda repromissio*. Et le *capitulum* 7, tit. 1 : « Ce qui a été convenu en diminution adhère au contrat, par exemple : je ne fournirai pas la *cautio duplae*. Ce qui a été convenu en augmentation ne s'unit pas au contrat, par exemple : qu'un fidéjusseur soit fourni dans la *cautio duplae*. Mais là où la convention n'engendre pas d'action au profit de l'acheteur, elle lui sert *ad exceptionem* s'il est poursuivi par le vendeur. Que si, *omnibus integris*, il a plu d'augmenter ou de diminuer le prix, on pouvait dissoudre l'ancienne vente et en contracter une nouvelle » (3).

De ce long texte nous n'avons à retenir ici, ni ce qui a trait au mutuel dissentiment, ni ce qui a trait à la garantie d'éviction. Sur tout cela on s'est déjà expliqué ; mais nous devons signaler les expressions dont se sert l'auteur de la *Practica* en matière de pactes. Il refuse d'appeler pacte nu le pacte adjoint *in continenti* aux contrats de bonne foi, mais il déclare nu notamment le pacte adjoint *ex intervallo* aux mêmes contrats. Ce n'est donc plus le langage de l'auteur de la *Meditatio*. La remarque a son importance, puisqu'elle nous met en garde contre toute idée d'attribuer à Eustathe Romain la rédaction de la *Meditatio*.

Ouvrons maintenant la *Synopsis legum*. Psellus — je

(1) V. Zachariae de L., *Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae*, Leipzig, 1846, p. 284. Le texte correspondant, au Digeste, est le fr. 56, XVI, 2.

(2) Il s'agit ici d'une convention, faite au moment de la vente, de fournir seulement une *nuda repromissio*, mais au simple, ou au triple, ou au quadruple.

(3) V. Zach., *Suppl.*, p. 260. Le texte correspondant, au Digeste, est la loi 72, XVIII, 1.

résume ici, en quelques lignes, environ quarante vers politiques (1) — parle des conventions comme en parlaient d'ordinaire Paul et Ulpien. Il distingue les conventions publiques et privées. Dans les conventions privées il discerne deux catégories, celles qui sont légitimes (confirmées par la loi), celles qui sont du droit des gens. Des conventions du droit des gens tantôt naît une action, tantôt une exception seulement. Les contrats nommés et innommés engendrent une action : les premiers une action portant le nom du contrat, les seconds l'action *praescriptis verbis* (2). Quant aux pactes, les uns sont *ex continenti* et contemporains du contrat, les autres sont appelés par les lois anciennes pactes *ex intervallo*, c'est-à-dire faits postérieurement ; les lois anciennes les appelaient des pactes nus, c'est-à-dire des conventions pures non munies d'action et donnant seulement lieu à une *exceptio pacti* (3).

Donc, comme l'auteur de la *Practica*, Psellus refuse le nom de pacte nu au pacte *in continenti* et il l'accorde au pacte *ex intervallo*.

L'*Opus juridicum* de Michel d'Attalie est trop bref sur les conventions pour nous aider dans nos recherches. Il faut en dire autant du *Prochirum legum* et de la *Synopsis minor*.

Le *Prochirum auctum* rédigé au début du XIVe siècle

(1) Vers 990-1030. La *Synopsis legum* se trouve au *Trésor de Meerman*, I, p. 43-85, avec une interprétation latine et des notes de François Bosquet. L'éditeur y a joint d'excellentes observations de Cornelius Sieben.

(2) Ils ne trouvent pas, dit Psellus, une action homonyme au contrat, lequel est appelé d'un nom général : Τῷ γενικῷ ὀνόματι συνάλλαγμα καλεῖται. Cf. *Meditatio*, II, 2.

(3) Τῶν δέ γε πάκτων πέφυκε τὰ μὲν ἐξ κοντινέντι
Ὅσα τοῖς συναλλάγμασι σύγχρονά πως τυγχάνει
Τὰ δὲ φάσιν οἱ παλαιοὶ ἐξ ἰντερβάλλω νόμοι,
Ἤτοι μεταγενέστερα τῶν πρὶν συναλλαγμάτων,
Ταῦτα κατανομάζουσιν ἐκεῖνοι νοῦδα πάκτα
Τούτεστι σύμφωνα ψιλὰ ἀγωγὴν μὴ ποιοῦντα.

ne dit (1) sur les pactes nus rien qui nous intéresse.

Il faut arriver à Harménopule pour trouver encore sur les pactes des renseignements de quelque étendue.

Dans le liv. I, tit. 9 de l'*Hexabiblos* (2), Harménopule met d'abord en vedette la règle tant de fois répétée depuis des siècles que le pacte nu n'engendre qu'une exception, puis il ajoute que le pacte nu existe lorsqu'on est convenu de donner sans avoir fait une dation préalable, que le pacte fait *ex continenti* façonne l'action des contrats de bonne foi, que le pacte fait *ex intervallo* est sans utilité pour l'*actor*, ne donnant qu'une exception. Harménopule rappelle aussi que la Novelle 33 (lis. 72) de Léon le Philosophe fournit un moyen aisé de rendre tout pacte obligatoire (3). Et dans la scholie ἡ νεαρὰ (4) qui a probablement pour auteur Harménopule lui-même, on explique surérogatoirement que la Novelle de Léon a rendu obligatoires, pourvu qu'on y insérât une invocation au Dieu éternel, les pactes nus (σύμφωνα ψιλὰ) qui, d'après la loi civile, restaient sans force, et que delà vient l'invocation à la Sainte-Trinité par laquelle commencent les actes des Tabellions. Enfin dans la scholie ἐν τῷ παρόντι (5), le rédacteur nous redit que le pacte nu engendre une action s'il est adjoint *in continenti*.

En résumant tout ce que nous apprennent sur le langage reçu à Byzance les textes précités, on peut conclure ainsi : Le pacte isolé qui n'est ni un contrat ni un pacte légitime est certainement appelé pacte nu. On est à peu près d'accord pour appeler aussi pacte nu le pacte adjoint *ex intervallo*. Enfin la qualification de pacte nu est tantôt donnée et tantôt refusée aux pactes isolés munis

(1) V. tit. XXI, 31, 36, 40, 41. Il ne fait, au reste, que reproduire quelques textes de l'*Epitome legum*.
(2) V. §§ 7-9.
(3) V. *suprà*, p. 643.
(4) V. éd. cit., p. 122.
(5) V. éd. cit., p. 792.

d'actions, aux pactes adjoints *in continenti*, aux pactes que n'accompagne pas une *stipulatio poenae*.

Ces incertitudes de langage expliquent la tentative que fit l'auteur de la *Meditatio* pour définir et classer les pactes nus.

***

Il est donc établi que jusqu'à la fin de l'Empire d'Orient l'entente ne s'est point faite entre les juristes byzantins sur le point de savoir quels pactes pouvaient être appelés pactes nus.

L'entente est-elle faite aujourd'hui?

Dans la plupart des traités de droit romain, on rencontre une terminologie très simple et très arrêtée. Ouvrons, par exemple, le grand ouvrage sur les Pandectes, l'histoire du droit romain et la législation de Justinien, de M. Van Wetter. On peut considérer cet ouvrage comme une synthèse exacte et savante de l'enseignement des romanistes pendant la plus grande partie du XIXe siècle. Voici comment le professeur de Gand définit et classe les pactes (1) : « Les pactes sont confirmés ou simples : 1° Les pactes confirmés (*pacta vestita*) sont ceux qui produisent une obligation civile. Ils sont de trois espèces : légitimes, prétoriens ou accessoires (*legitima, praetoria* ou *adjecta*); 2° les pactes simples (*pacta nuda*) sont ceux qui ne produisent qu'une obligation naturelle ». Et ailleurs (2) : « Ces trois catégories de conventions (*pacta adjecta, pacta praetoria, pacta legitima*) s'appellent respectivement : pactes accessoires, pactes prétoriens, pactes légitimes. On les réunit sous la dénomination commune de pactes confirmés (*pacta vestita*), parce qu'elles sont munies d'actions. A elles s'opposent les pactes simples (*pacta nuda*) ou

(1) III, p. 386.
(2) III, p. 321.

dépourvus d'action ». Donc ni les pactes prétoriens, ni les pactes légitimes, ni les pactes adjoints (au moins ceux adjoints *in continenti*) ne sont appelés pactes nus : on réserve généralement cette dénomination aux pactes isolés ou même adjoints qu'aucune action ne vient sanctionner directement (1).

Ce langage a été celui des Glossateurs et celui des Bartolistes (2). On le trouve constamment employé dans les écrits des anciens juristes jusqu'au XVIe siècle. Pour ne pas multiplier les citations, nous nous bornerons à reproduire le passage suivant, emprunté au commentaire autrefois célèbre de Jean Schneidewin (Oinotomus) (3) : Quando pactum unum non habet de vestimentis a lege inventis, dicitur pactum nudum, veluti si non continet justam causam... vestitum vero pactum describitur per Salicetum (4).... Leges enim quasdam solemnitates introduxerunt per quas pacta et obligationes inter homines

(1) A l'appui de ce qui est dit au texte on consultera, non sans constater parfois des hésitations ou des divergences, les divers traités ou manuels de droit romain. Citons un peu au hasard : Ed. Caq, *Institutions juridiques des Romains*, II, p. 449; Girard, *Manuel*[4], p. 642, 442, n. 1; Accarias, *Précis de droit romain*[4], p. 393, n. 2; Mayn., *Cours de droit romain*[4], II, p. 370; Petit, *Traité élementaire de droit romain*[7], p. 282; May, *Éléments de droit romain*[11], p. 287; Ortolan, *Explication historique des Institutes*[12], III, p. 345; Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*[3], II, p. 397; Makeldey, *Manuel de droit romain*, trad. Bering[2], p. 222; Serafini, *Institusioni di diritto romano*[9], p. 21; Puchta, *Institutionen*[9], p. 276; Arndts, *Pandekten*, éd. Pfaff et Hofmann, p. 232; Kuntze, *Cursus des romischen Rechts*[2], I, 267; Sohm, *Institutionen des röm. Rechts*[3], p. 233, etc.

(2) Cf. Bartole, *opp. omnia*, Venise, 1613, 1, p. 30 et la Glose d'Accurse sur la loi 7, § 4, D. II, 14.

(3) Schneidewin était né à Stollberg en 1519. A l'âge de onze ans il fut introduit dans la maison de Luther, à Wittenberg, et il y fut élevé. Il professa à Wittenberg longtemps et mourut à Zerbst en 1568. Son commentaire inachevé fut terminé et publié par Mathieu Wesenbeck en 1573. Denis Godefroy en donna une nouvelle édition en 1596. Notre citation est tirée de l'édition parue à Cologne en 1740.

(4) Il s'agit de Berthélemy de Saliceto, professeur à Ferrare et Padoue, mort à Bologne, en 1412.

firmantur. Si igitur aliquod pactum inveniatur quod solemnitatibus a lege inventis vallatum sit, illud dicitur pactum vestitum. Enumerantur autem per DD... plura vestimenta pactorum. Et vestitur pactum re..., verbis... litteris..., ex solo consensu in quatuor contractibus..., interventu rei ut in contractibus innominatis.... Vestitur pactum nudum in ipso contractu vel in continenti appositum cohaerentia contractus.... Vestitur nudum pactum jurejurando.... Vestitur nudum pactum legis auxilio ut est in omni nudo pacto quod actionen producit qui casus notantur per glossam » (1).

On peut assurément critiquer l'expression *pactum vestitum* opposée à *pactum nudum*, et trouver matière à moquerie dans les habillements pour pactes dont Schneidewin, après tant d'autres docteurs, nous donne complaisamment la mesure et l'énumération. Mais la métaphore, pour être quelque peu plaisante (2) et point du tout romaine, n'en avait pas moins des mérites didactiques qui en ont assuré le fréquent emploi jusqu'à nos jours. D'ailleurs, qu'on parle ou non de *pactum vestitum*, il est rationnel de distinguer entre le pacte muni d'action et celui qui ne l'est pas. De grands juristes cependant se sont obstinément refusés à distinguer le pacte nu du pacte directement sanctionné. « Les pactes, écrit Cujas, ne sont pas appelés nus par opposition à des *pacta non*

(1) V. *Comm. in Inst.*, p. 417.

(2) On lit dans Duaren (ou mieux Le Douaren. V. Jobbé-Duval dans *Mélanges Girard*, I, p. 575), opp. Lyon, 1584, I, p. 72 : Pactum vulgo dividunt in nudum et quod ineptissime conficto a barbaris hominibus vocabulo, vestitum appellari solet. Quam divisionem, cum nuper, quidam in eo ludo edoctus, in quo magna cum pompa et ostentatione etiamnum ista docentur, pertinacissime tueretur, nihilque esse diceret, quod in dividendo aptius opponatur nudo quam vestitum, per jocum interrogavi hominem, cur non similiter cogitationem partiretur in nudam et vestitam, cum lex cogitationis nudæ mentionem faciens aliam esse innuat, quæ non sit nuda. Qui quamquam loquacissimus erat, et ei vitio affinis quod graeci ἀπεραντολογίαν vocant, obmutuit tamen levi argumento victus, fractusque, qui prius tamen gravioribus rationibus a sententia sua divelli non potuerat.

nuda. Il n'y a pas de pactes qui ne soient nus, *nullum est pactum quod non sit nudum*. Les pactes qui engendrent des actions sont des pactes nus. Les pactes nus sont ainsi appelés parce qu'ils existent *solo consensu*. Le pacte est dit nu, non pour le différencier d'un autre, qui ne serait pas nu, mais pour qu'une perpétuelle épithète rappelle qu'il n'est autre chose qu'une *conventio nuda*, un *nudus consensus* » (1). Et ailleurs, Cujas écrit encore : « Notez bien que tout pacte est nu. Le pacte légitime pour lequel une action est donnée, est nu; nu aussi le pacte adjoint *in continenti* à un contrat. Il ne faut pas s'imaginer qu'il y a des pactes nus et des *pacta justa* ou *vestita*; tous les pactes sont nus »(2). On pourrait multiplier les passages de Cujas dans lesquels reviennent de semblables déclarations. Toujours on y trouve la même affirmation. Tous les pactes sont nus, légitimes ou non, prétoriens ou non, adjoints ou non (3). Cujas parle donc comme l'auteur de la *Meditatio* (4), ou plutôt il exagère encore le pêle-mêle de notre auteur, car, ce dernier, on le sait, ne voulait pas appeler pactes nus les pactes légitimes. Il n'est pas interdit de croire que cet obstiné langage de Cujas a les mêmes origines, c'est-à-dire certaines scholies grecques du vi^e^ siècle.

Mais Cujas ne fut pas suivi. Le grand romaniste avait contre lui et l'ensemble des textes classiques et la tradition déjà bien établie, et la nécessité didactique d'une définition du pacte nu sans réserves ni sans distinctions. Dès le début du xvii^e^ siècle, Antoine Fabre reprochait à Cujas d'avoir commis une lourde erreur en

(1) Commentaire du liv. X des questions de Papinien, sur la loi 72, D., XVIII, 1, edit. Naples, 1777, IV, p. 229.

(2) Nota, omne pactum nudum esse. Pactum legitimum ex quo actio datur, nudum est. Pactum, quod ex continenti additur contractui, nudum est. Nec putandum est aliud pactum esse nudum, aliud justum aut vestitum : omnia enim nuda sunt.

(3) Cf. Cujas, opp. I, p. 797, D., III, p. 285, D., VIII, p. 829, C.

(4) V, 9 : νοῦδα οὖν ὡς ἀληθῶς καὶ τὰ ἐξ *continenti* καὶ εἰκότως.

appelant *nudum* le pacte muni d'action (1). Au XVIII[e] siècle, Pothier, pourtant si docile aux directions de Cujas, n'hésitait plus à séparer nettement les *pacta nuda* des pactes adjoints et des pactes légitimes ou prétoriens (2).

H. MONNIER et G. PLATON,
Doyen Bibliothécaire
de la Faculté de droit de Bordeaux.

(*A suivre*).

(1) V. *Rationalia in Pandectas* sur D. II, 14, 6 (édit. Lyon, 1659, I, p. 567). Cf. Noodt, *opp.* Leyde, 1724, I, p. 418, 419, 420, 427.

(2) V. Pothier, *Pandectae Justinianae*, Lyon, 1782, p. 73 sq. De même Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, IV, 1 (1796), § 311, p. 259-278 : Doch, um wieder auf die klagbaren Verträge (*pacta vestita, pacta non nuda*), zu kommen, so gehören zu diesen : 1° die *pacta adjecta*..., 2° die *pacta legitima*..., 3° die *pacta praetoria*.

NOUVELLE
REVUE HISTORIQUE
DE
DROIT FRANÇAIS ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

J. TARDIF
Docteur en droit,
Archiviste-Paléographe

M. PROU
Membre de l'Institut,
Professeur à l'École
des Chartes

G. APPERT
Docteur en droit

P. DARESTE
Docteur en droit

P. F. GIRARD
Professeur à la Faculté
de droit de Paris

P. FOURNIER
Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté
de droit de Paris

R. de FRÉVILLE
Archiviste-Paléographe,
Secrétaire de la Rédaction.

E. PERROT
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Montpellier
Rédacteur du Bulletin bibliographique

TRENTE-HUITIÈME ANNÉE

1914

Réimpression publiée avec l'accord des Editions SIREY.

SCHMIDT PERIODICALS GMBH

D-8201 Bad Feilnbach 2/W. Germany

1985

LA

MEDITATIO DE NUDIS PACTIS[1]

(*Suite*).

IV

La « Meditatio de nudis pactis » n'est pas un exercice d'école, mais le votum d'un juge dans un procès.

La *Meditatio* a-t-elle été rédigée à l'occasion d'un procès, ou n'est-elle qu'un exercice d'argumentation juridique? Telle est la question à résoudre.

Les Romains avaient beaucoup aimé les déclamations. Dès le premier siècle de l'ère chrétienne, ce genre littéraire prend sa forme définitive (2). Sénèque le Père (3), dans le recueil qui a pour titre : *Oratorum et rhetorum sententiae, divisiones, colores,* nous a conservé, grâce à sa prodigieuse mémoire, un grand nombre de thèmes proposés et développés dans les écoles de rhéteurs sous Auguste et Tibère (4). L'ouvrage comprenait dix livres

(1) Voy. cette *Revue*, t. XXXVII, 1913, p. 135-168, 311-336, 474-510, 624-653.

(2) Cf. H. Bornecque, *Les déclamations et les déclamateurs d'après Sénèque le Père*, Lille, 1902. Cf. G. Boissier, *Les écoles de déclamation à Rome*, dans le *Tacite* du même auteur, Paris, 1903, p. 197 sq.

(3) On le nomme à tort *le Rhéteur*, car il ne tint jamais une école de rhétorique.

(4) M. H. Bornecque a donné un bon texte et une excellente traduction des controverses et suasoires de Sénèque le Père.

de controverses et plusieurs livres de suasoires. Nous n'avons plus qu'un seul livre de *suasoriae*, cinq livres non tout à fait complets de *controversiae*. Les livres 3, 4, 5, 6 nous sont connus seulement par les *excerpta* d'un inconnu du IV^e ou du V^e siècle. Les *suasoriae* sont des exercices de début dont on trouvera à peu près l'équivalent dans les discours français et latins qu'on demandait autrefois à nos élèves de rhétorique. Les controverses, exercices plus difficiles, étaient la préparation à l'éloquence judiciaire. Le maître donnait le sujet. Il appartenait à l'élève de le bien diviser (*divisio*), de l'orner de pensées brillantes (*sententiae*), d'inventer des incidents (*colores*) propres à émouvoir les auditeurs, de colorer les faits de façon à incliner les juges, soit vers l'absolution, soit vers la condamnation (1).

L'ouvrage de Sénèque le père eut beaucoup de succès (2). Il n'est inconnu ni de l'auteur des grandes et des petites *Declamations* attribuées à Quintilien (3), ni des rhéteurs des temps qui suivirent. Sa vogue constante témoigne du goût que l'on eut toujours à Rome pour cette méthode de formation et de développement du goût et de l'éloquence. Au Bas-Empire on a une raison de plus d'aller chez le rhéteur : on y apprenait à combattre les payens par

(1) Le rhéteur enseigne à plaider le pour et le contre. Il tient la promesse de Protagoras : τὸν ἥττω λόγον κρείττω ποιεῖν (Cf. A. Croiset, *Histoire de la littérature grecque*, IV, p. 45 sq.). C'est de quoi s'indignera Constantin Monomaque lorsque, dans la célèbre constitution qui fonde une école de droit, il écrira, § 19 : οὐ γὰρ δὴ ῥητορικὴν φαίην ἂν τὴν τὸ πιθανὸν ἀπιθάνως ἢ καὶ πιθανῶς τὸ ἀπίθανον κατασκευάζουσαν τέχνην.

(2) Il y a de tout dans les *Controversiae*, même des pages agréables et d'un tour spirituel. Comme exemple, on peut citer, après M. Boissier, *La religion romaine d'Auguste aux Antonins*, II, p. 226, le développement de Porcius Latro sur les matrones qui paraissent dans les rues le corps à peine moins visible que si elles étaient nues, *paulo obscurius quam posita veste nudae*. V. *Controv.*, II, 7 (15).

(3) Les grandes déclamations ne sont certainement pas de Quintilien, et probablement les petites ne lui appartiennent pas davantage. Cf. Schanz, *Geschichte der römischen Litteratur*[3], II, 2, München, 1913, p. 475 sq.

leurs propres armes (1), et la rhétorique donnait aux esprits un pli qui ne s'effaçait plus. Il va de soi que dans les controverses la législation romaine n'était ni toujours ni exactement invoquée L'imagination du maître jouait son rôle dans le choix du sujet et la fantaisie de l'orateur, dans le choix des règles légales qu'il convenait d'appliquer. Mais parfois l'orateur se souvenait ou s'enquérait du droit positif et des lois romaines. On sait que les romanistes ont trouvé plus d'un renseignement utile dans les *controversiae* de Sénèque et les *declamationes* de Quintilien (2).

Le goût des déclamations se retrouve chez les Byzantins, d'autant plus fort que c'était l'ancienne Grèce qui l'avait communiqué à Rome (3), et que, sous la domination romaine, les pays de langue grecque ne cessèrent pas de produire des nuées de rhéteurs, de sophistes et de grammairiens (4). La rhétorique et la logique étaient les arts par excellence pour ces Grecs de Byzance épris de beau langage et dont l'esprit se tournait si volontiers vers la recherche spéculative. Toujours ils sont prêts à entrer dans la maison de Protagoras pour y surprendre les secrets de l'éloquence, à discuter avec Socrate et Phèdre

(1) C'est ce qu'on lit dans la *Vita Severi* (Cf. Nov. 42, ch. I, § 2) de Zacharie le Scolastique (*Patr. Orient.*, éd. Kugener, II, et Spanuth, *Programm des Königl. Gymnasiums zu Kiel*, 1893).

(2) Voir dans Bornecque : *Les déclamations et les déclamateurs*, le chapitre intitulé : Le droit dans les controverses. On rapprochera l'article de Lécrivain : *Sur le droit grec et romain dans les controverses* (*Nouv. Rev. hist.*, XV (1891), p. 680 et s.), et l'étude de Dirksen : *Ueber die durch griechische und lateinische Rhetoren angewendete Methode der Auswahl und Benutzung von Beispielen römischrechtlichen Inhalts*, qu'on trouvera dans les *Hinterlassene Schriften* de ce savant.

(3) Quintilien, *Inst. Or.*, II, 4, 45 : *Fictas ad imitationem fori consiliorumque materias apud Graecos dicere circa Demetrium Phalerea institutum fere constat.* Philostrate, *Vitae sophistarum*, I, 5, fait remonter à Eschine l'origine de la deuxième sophistique. Des rhéteurs grecs figurent dans les *Controverses* de Sénèque.

(4) Voir surtout la belle édition des *Rhetores Graeci* de Ch. Walz, parue de 1832 à 1836 à Stuttgart, Tübingen et Paris. Cf. M. Croiset, *Histoire de la littérature grecque*, V, ch. IV.

sur le mouvement circulaire des âmes et la beauté parfaite qui rayonne dans les espaces infinis (1). Au cours des siècles la matière des déclamations est devenue très riche : sujets mythologiques, narrations, éloges, lieux communs, éristique, réfutations, démonstrations, sentences, éthopées, tout est bon pour ces travaux d'école, tout convient aux μελέται εἰς τὰ προγυμνάσματα καὶ εἰς τὰς στάσεις (2).

Il serait donc contraire à toute vraisemblance de soutenir que les controverses n'avaient pas leur place dans l'enseignement du droit (3), et qu'elles étaient délaissées ou ignorées dans les grandes écoles de Constantinople, de Rome et de Beryte. Il est vrai que Justinien, voulant rendre son œuvre législative immuable, avait interdit tout commentaire, toute exégèse du Digeste, ne permettant que les traductions κατὰ πόδας, les *Indices* et les *Paratitla* (4).

(1) Cf. Ouvré, *Les formes littéraires de la pensée grecque*, Paris, 1900, p. 362 sq.

(2) V. Walz, *op. cit.*, I, p. 550 sq. Dans la préface, p. IX, Walz écrit : *Ita enim omnium temporum libris propositis satis elucebit, vix aliud Graecae doctrinae genus per tot tantasque viginti fere seculorum vicissitudines, a Gorgia Leontido usque ad Constantinopolin expugnatam, aequabilius et constantius servatum esse, quam ipsa haec rhetorum et sophistarum disciplina.* Cf. Krumbacher, *Geschichte der byzantinischen Litteratur*[2], p. 442 sq., 451, 455, 462 sq. A noter, p. 463, la juste remarque de Krumbacher sur le nom du rhéteur Jean Doxapatres, sans doute un parent du récent scholiaste des Basiliques, Grégoire Doxapatres. Il faut rejeter la forme *Doxapatros* adoptée par Walz et la forme *Doxapatri* adoptée par Zachariae von Lingenthal, *Geschichte*[3], p. 34 et *passim*. V. aussi Krause, *Die Byzantiner des Mittelalters in ihrem Staats- Hof- und Privatleben*, Halle, 1869, p. 291 et s.; Schemmel, *Die Hochschule von Konstantinopel*, Berlin, 1912.

(3) Michel Attaliate, dans le préambule de l'acte de fondation de son hospice, se vante d'avoir été initié à la philosophie et à la rhétorique comme aux lois. V. Miklosich et Müller, *Acta et Diplomata.*, p.298 *in fine*.

(4) V. Const. *Deo auctore*, § 12; Const. *Tanta*, § 21; Const. Δέδωκεν, § 21; Const. *Summa reipublicae*, § 3. C'est à tort qu'Heimbach, *Proleg. Basilicorum*, p. 3, a soutenu, en assimilant les *Indices* aux *Paratitla*, que la défense de Justinien ne concernait que deux sortes d'écrits. Heimbach reconnait d'ailleurs que, dans la suite, on distingua les *Indices* des *Para-*

On peut même admettre que la défense s'étendit aux Institutes et au second Code (1). Mais on ne saurait faire rentrer les *declamationes* dans la catégorie des écrits prohibés. D'ailleurs la défense de Justinien était, en pratique, difficilement applicable, et du vivant même de cet empereur elle tomba en désuétude. Elle ne s'appliquait pas et ne pouvait pas s'appliquer à l'enseignement oral. Les cahiers de cours des étudiants, se répandant parmi les praticiens, firent connaître les commentaires des maîtres (2).

titla. Cf. Laborde, *Les écoles de droit dans l'empire d'Orient*, 1912, p. 130 sq.; et surtout Zachariae v. L., *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, 1844, p. 795 sq.

(1) Cf. Heimbach, *op. cit.*, p. 3; Riccobono, dans le *Bulletino del Istituto di diritto Romano*, IX (1896), p. 272. *Contrà*, Krueger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*², 1912, p. 407.

(2) C'est ainsi que l'on explique généralement l'existence des commentaires sur l'œuvre de Justinien écrits sous ce prince, et notamment l'existence d'un commentaire de Théophile sur le Digeste. Il faut reconnaître que l'explication coutumière souffre difficulté. Aussi M. Riccobono, *op. cit.*, p. 272 sq., a-t-il soutenu que les juristes contemporains de Justinien n'avaient fait que reproduire, pour interpréter les compilations, les commentaires que leurs prédécesseurs avaient écrits sur les textes anciens. De la sorte, écrit M, Riccobono, les juristes échappaient à la *poena falsi* qui sanctionnait les défenses de Justinien. Ni le talent ni le savoir de M. Riccobono ne parviennent à nous convaincre : son interprétation des constitutions citées *suprà*, p. 288, n. 4, va trop à l'opposé de l'intention qui les a dictées. M. Peters, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, 1913, p. 45 sq., a, pour sortir d'embarras, pris une autre voie. Ce savant soutient qu'avant le Digeste, compilation officielle, il y a eu un Digeste, compilation privée, œuvre des juristes immédiatement antérieurs à Justinien, en usage d'abord dans les écoles et de là dans la pratique. Cette compilation privée contenait déjà les trois masses Sabinienne, Edictale, Papinienne. Elle ne différait guère de la compilation officielle de Justinien que par la masse de l'*Appendix* et l'utilisation séparée de quelques ouvrages des juristes classiques (Réponses de Paul et de Papinien). Les commissaires de Justinien eurent donc peu à faire pour élaborer le Digeste, et cela explique la rapidité de leur travail. C'est pour la compilation privée qu'avaient été écrits, pense M. Peters, les commentaires de Théophile sur le Digeste. — La thèse de M. Peters, conduite avec une érudition très avertie et une dialectique serrée, fait d'abord grande impression. A la réflexion, les objections apparaissent : que deviennent les déclarations faites dans les constitutions *Deo auctore*, § 2; *Tanta*, § 1? Justinien a souvent menti, c'est entendu. Mais aurait-il osé mentir solennellement à des gens qui avaient en main la preuve du mensonge? Et puis les auteurs de la compilation privée n'auraient point osé ni pu

Rien donc n'empêche de penser que l'usage des controverses se soit maintenu comme exercice d'école, aussi longtemps que se maintint l'enseignement du droit. A toutes les époques de renaissance de cet enseignement (1), sous Héraclius (2), sous Michel l'Ivrogne (3), sous Constantin Monomaque (4), sous Michel Paléologue (5), toutes les fois qu'on voulut apprendre méthodiquement le droit à des jeunes gens, il fallut bien les exercer à traiter de vive voix et par écrit les sujets d'argumentation. Mais alors pourquoi ne pas voir dans la *Meditatio de nudis pactis* une pure déclamation ? N'était-ce pas le sentiment de Leunclavius quand il écrivait en marge de son texte : *licebit declamationem dicere* (6) ?

retoucher des textes, surtout pour en changer le sens. Enfin, ces retouches si nombreuses exigèrent des compilateurs de Justinien une revision approfondie. Dès lors, l'étonnement que cause leur rapidité de travail, étonnement que M. Peters prétend faire cesser, subsiste encore avec sa thèse. Ces objections et d'autres encore sont présentées avec force par M. Rotondi dans un article récemment paru qui a pour titre : *Sul modo di formazione delle Pandette a proposito di una nuova ipotesi* (estratto del periodico : *Il Filangieri*, sett.-ottobre 1913). — Cette note était écrite quand ont paru, dans la *Zeit. für Sav. Stiftung*, XXXIV (1913), R. A., deux comptes rendus du livre de Peters : l'un de Lenel, p. 373-390; l'autre de Mitteis, p. 402-416. Ces deux savants rejettent les conclusions de M. Peters. Mais tandis que le premier ne croit aucunement à un Prédigeste, le second, M. Mitteis, est moins radical et admet qu'il a pu exister avant Justinien des chrestomaties des écrits classiques faites en vue de l'enseignement et qu'ont pu utiliser les commissaires de Justinien. En outre, M. Mitteis admettrait avec M. Peters des interpolations préjustiniennes. En effet, les points de vue nouveaux et les interpolations qu'on trouve au Digeste impliquent nécessairement le travail des générations antérieures. Au demeurant, M. Mitteis reproche surtout à M. Peters, moins la nouveauté de sa doctrine que la prétention d'en avoir donné des preuves décisives.

(1) Cf. le prologue que Sathas, *Bibliotheca graeca medii aevi*, IV, p. XLII sq., a écrit en tête de l'histoire de Psellus.

(2) V. le curieux dialogue entre la Philosophie et l'Histoire en tête des *Octo libri historiarium* de Theophylaate Simocatta, éd. Bonn, p. 22-26. Cf. Schemmel, *op. cit.*, p. 14.

(3) Genesii *Regum lib. IV*, éd. Bonn, p. 98.

(4) V. *infrà*, p. 292, n. 7.

(5) Cf. Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*, III, p. 207.

(6) *J. G. R.*, II, p. 192. Leunclavius donne certainement au mot *decla-*

⁂

De spécieuses raisons ne manquent pas pour soutenir cette opinion :

1° Le litige est né d'un contrat fait entre un monastère et un protospathaire. Or le texte n'indique ni le nom du monastère ni le nom du protospathaire, ni la somme payée aux moines, ni le nombre d'années pendant lesquelles le contrat fut exécuté (1), ni l'objet du pacte modificatif d'où naquit le procès. On ne nous dit même pas qui a saisi le tribunal et joué le rôle de demandeur. Le silence gardé sur des éléments d'informations si importants au point de vue pratique surprend d'autant plus que notre texte contient de nombreux exemples de contrats pour lesquels l'auteur donne des chiffres et toutes sortes de précisions (2).

2° Le ton est parfois oratoire (3) et souvent didactique (4). Dès le début (5) l'auteur nous déclare qu'il veut apprendre à ceux qui l'ignorent la classification des pactes. Il ne tiendrait pas un tel langage à des juges, à des collègues d'un tribunal. La bienséance ne lui permettrait pas de faire devant eux un étalage d'érudition qui sent le pédagogue, ni surtout de faire entendre à ses collègues qu'ils peuvent, eux, céder à la malveillance et à la corruption (6).

3° Un vrai juge s'adresserait au tribunal tout entier; il ne prendrait pas directement à partie un membre du tribunal. Admettons cependant qu'il interpelle un col-

matio le sens d'exercice oratoire et non celui de discours emphatique et banal qu'il a quelquefois en latin et qu'il a souvent en français.

(1) Cf. VII, 3, 8, 9, 10; VIII, pr.

(2) Ex gr. : V, 25-28, 31-33; VII, 16.

(3) III, 2, 3; V. pr., 1-5, 12.

(4) VI, 7, 11; V, pr., 19.

(5) Pr., et 1.

(6) Pr. pr.

lègue : ce faisant il n'aurait pas recours à l'ironie et à la menace (1). Il ne le traiterait pas d'insensé (2), de prétendu législateur (3), ne le provoquerait pas à la production de myriades d'écrits pour déclarer par avance que ces écrits n'auront rien de sérieux (4). Un vrai juge enfin ne feindrait pas de craindre les mauvais traitements (5) et n'invoquerait pas contre un collègue le tribunal de Dieu (6).

Tout cela se peut mettre dans une pièce d'éloquence, mais non dans le *votum* d'un juge.

4° Il semble aussi que, s'il s'agissait d'un procès réel, une allusion serait faite ou à la nature du tribunal ou à sa compétence ou à la ville dans laquelle il siège, ou à l'empereur heureusement régnant. Or sur tous ces points notre texte est muet.

5° Enfin l'on verra plus bas que l'on peut, avec vraisemblance, dater la *Meditatio* du règne de Constantin Monomaque. Or le prince avait fondé à Constantinople une faculté des lettres et une faculté de droit. Un homme illustre par son savoir et par son éloquence — γλώσσης εὐροίᾳ καὶ πολυμαθείας περιουσίᾳ, — Jean Xiphilin, fut mis à la tête de la faculté de droit. « Nous voulons, dit l'ordonnance de fondation (7), que nos lois utilisent les discours comme de brillants doryphores, et qu'elles soient, comme les reines de toutes choses, défendues contre ceux qui, par une audacieuse sophistique, ne craignent pas de les calomnier, car personne ne confondra l'art de la rhétorique avec l'art qui apprend à présenter le croyable comme incroyable et l'incroyable comme

(1) III, pr., 3, 5; V, 12; VI, 14, 18; IV, pr.
(2) III, 3.
(3) III, 3.
(4) VI, 14.
(5) IV, pr.
(6) III, 3.
(7) Cf. *Archivio giuridico*, XXXIII (1884), p. 486. On reviendra, plus tard, sur cette importante constitution.

croyable... » (1). Pour donner aux étudiants une préparation telle que l'empereur la souhaite, Xiphilin dut donc leur demander des argumentations et des dissertations sur des procès fictifs dont il indiquait par avance et l'objet et l'issue.

Si l'on observe que le mot μελέτη signifie souvent un *exercitamentum rhetoricum*, une déclamation (2), on se croira, sans doute, autorisé à considérer notre *Meditatio* comme un devoir rédigé à l'école de droit, peut-être revu par Xiphilin et que le hasard ou la valeur du travail ou l'admiration pour Xiphilin nous a conservé.

***

Ces raisons ne nous semblent pas décisives.

Il est vrai que de nombreuses expressions révèlent chez l'auteur de notre texte des habitudes d'école. Mais plus on pèse les mots, plus on analyse les arguments, plus on est attentif à la conduite générale des idées, et plus on se convainc que la *Meditatio* est un *votum*, prolixe sans doute et chargé d'un détail superflu, mais un vrai *votum*, donné, dans un procès véritable, à des juges qui sont les collègues de l'opinant et qui savent que leur décision aura un grand retentissement, car ils forment le plus haut tribunal de l'Empire (3), et qu'elle fixera la jurisprudence en matière de pactes adjoints et de *mutuus dissensus*. Cette importance doctrinale et

(1) Βουλόμεθα γὰρ τοὺς ἱεροὺς ἡμῶν νόμους οἱονεὶ τισι λαμπροῖς δορυφόροις χρῆσθαι τοῖς λόγοις καὶ πανταχοῦ παρ' ἐκείνων ὡς Βασιλεῖς τῶν ὅλων πραγμάτων ὑπερασπίζεσθαι..... πρὸς τοὺς ἐπηρεάζειν αὐτοῖς ἐκ τῆς θρασυτάτης οὐκ ὀκνοῦντας σοφιστικῆς · οὐ γαρ δὴ ῥητορικὴν φαίην ἂν τὴν τὸ πιθανὸν ἀπιθάνως ἢ καὶ πιθανῶς τὸ ἀπίθανον κατασκευάζουσαν τέχνην.

(2) On trouvera dans les *Rhetores Graeci* de Ch. Walz, I, p. 550 sq. et dans les *Anecdota graeca* de Boissonade, 5, 350 sq., les προγυμνάσματα et les μελέται de Georges Pachymère (1242-1310).

(3) V. *infrà*, p. 339.

pratique suffit à expliquer pourquoi la *Meditatio* nous a été conservée, surtout si l'on admet qu'elle exprime l'opinion qui l'emporta définitivement devant les tribunaux et dans l'enseignement. De nombreux praticiens, de nombreux professeurs s'en procurèrent une copie, et *brevitatis causa* négligèrent de reproduire les noms des parties, les chiffres du litige et toutes les indications qui n'offraient pas un intérêt durable. C'est une de ces copies que nous trouvons dans le *Codex Marcianus*, 179.

Le délibéré du tribunal fut long, et notre auteur n'eut pas assez d'une seule séance pour faire connaître et motiver sa façon de penser (1). Il avait à réfuter l'avis d'un de ses collègues, juge parvenu au faîte des honneurs (2), en possession d'une grande renommée de savant, philosophe madré (3), qui, tant son influence était grande, faisait l'effet du législateur lui-même, et qui, sur la théorie des pactes, professait une doctrine différente. Ce juge considérable est un adversaire ardent, mal commode, ne supportant guère la contradiction. Il émet les avis les plus contestables et critique ce qu'on ne peut raisonnablement critiquer (4). Quand un autre parle, en collègue discourtois il ricane et se moque (5). Cette attitude agace beaucoup notre auteur et le pousse à des interpellations personnelles un peu vives (6). Encore qu'il se prétende lui aussi un disciple de la sagesse divine (7), il est tout près de s'emporter. Cela se voit bien quand il rappelle en phrases éloquentes et grandiloquentes qu'il y a un juge suprême, un juge des

(1) III, pr.

(2) VI, 4 : ... νόμους ... οἵ σε πρὸς μέγιστον ὕψος καὶ δόξης καὶ εὐδαιμονίας ἀνήγαγον καὶ περιβόητον ἔθεντο.

(3) VI, 24 : ὦ φιλοσοφώτατε καὶ διαιρετικώτατε.

(4) VI, pr. : ὀξὺς ὢν καὶ τῶν ἀνεπιλήπτων ἐπιλαμβάνεσθαι.

(5) III, 2, 5; IV, pr.; V, 11; VI, pr.

(6) VI, 3-5.

(7) VII, 12 : καὶ τῆς αὐτοσοφίας γὰρ ἐσμὲν μαθηταί.

juges (1); cela se voit mieux encore quand il va jusqu'à insinuer que son contradicteur, pour éminent qu'il soit, ne connaît guère les Basiliques et ignore, ou peu s'en faut, les grands recueils de Justinien et les commentaires de Stéphane (2).

Ne sont-ce pas là des traits, des précisions qu'un élève en déclamation n'aurait pas imaginés, et qui ne sont à leur place que dans un délibéré véritable entre personnages réels et même importants?

Ajoutons enfin que nulle part, dans les œuvres des rhéteurs grecs et latins, on ne trouve de *controversiae* ou de μελέται qu'on puisse, pour le savoir, l'habileté juridique, les développements exégétiques, rapprocher même de loin de la *Meditatio de nudis pactis*. Il fallait, pour écrire notre texte, une culture et une fermeté d'esprit qu'on ne rencontrait pas plus chez les élèves des rhéteurs que chez les apprentis en droit.

⁂

Au reste, il n'y a pas à s'étonner que dans notre procès les juges aient donné, par écrit (3), leur vote sous forme de μελέται. Un texte de la Πεῖρα, LI, 16, relatif à une affaire contemporaine ou à peu près, dans laquelle les juges étaient également divisés, nous fait bien voir comment alors on procédait. Lisons le texte (4) :

« Liv. VII, tit. 1, ch. dernier, novelle 125 (5). Une loi existe qui ordonne, en cas de dissentiment, à chaque juge de donner sa propre *sententia* (6). Une autre loi (7)

(1) III, 3.
(2) III, 4; VI, pr., 8, 15, 16, 26, 27, 28; VII, 19; VIII, 3.
(3) VI, 29 : ἰδοὺ ταῦτα καὶ γραφῇ δίδοται. VII, pr. : περὶ τῆς ὑποθέσεως, ᾗ τῇ παρούσῃ γραφῇ τὰς αἰτίας παρέσχηκε.
(4) V. *Jus Graeco-Romanum* de Zachariae, I, p. 244.
(5) V. Heimb., *Bas.*, I, p. 247.
(6) *Bas.*, VII, 1, 18; Nov. 125, ch. I.
(7) *Bas.*, IX, 3, 36; Dig., XLII, 1, 36.

dit que l'avis de la majorité l'emporte (1). Ophrydas pensait que ces deux lois étaient contradictoires et quasiment opposées; que l'une, celle déclarant que l'avis de la majorité l'emporte, était la loi ancienne, la loi du Digeste, et qu'elle avait été supprimée par la loi plus récente forçant le juge à produire son *votum*. Mais, interrogé par moi (2), le *Nomicus* par excellence, le très sage Magister, expliqua pourquoi la remarque d'Ophrydas n'était pas juste. Aucun des textes des Basiliques n'est supprimé, mais les deux lois susdites valent à l'occasion et *secundum subjectam materiam*. Lorsque, par exemple, dix juges sont en désaccord, six se rangeant à une sentence, et quatre jugeant autrement, tous sont contraints d'émettre leur vote et de le produire par écrit. Le vote des six est le plus fort et vaut, non pas qu'il échappe à l'appel (3), mais il vaut jusqu'à ce qu'on ait examiné en appel si, oui ou non, les autres quatre juges contradicteurs n'avaient pas raison. C'est pour cela qu'il est dit (dans le texte) que la *sententia* de la majorité l'emporte, parce que le vote émis par les quatre n'est pas pris en considération. Mais, en cas d'appel, la décision des six est rectifiée si elle a été rendue par inexpérience (4), ignorance ou bien oubli. Elle est maintenue pour la partie bien jugée, elle est rectifiée pour la partie fautive. Moi je disais : supposez que le vote (5) des

(1) Καὶ ἕτερος νόμος · ἡ τῶν πλειόνων ψῆφος κρατεῖ. Ainsi que l'observe justement Zachariae, *J. G. R.*, I, p. 244, n. 4, ce texte prouve que la version : ἡ τῶν ἄλλων ψῆφος, donnée par Heimbach, *Bas.*, I, p. 457, est fautive.

(2) Celui qui interroge ainsi est l'auteur de la πεῖρα. Il parait avoir été un employé du tribunal, plus tard juge lui-même. Il écrit un peu après la mort de Romain III Argyre, XLIX, 4. Cf. H. Monnier, *La Novelle L de Léon le Sage*, Paris, 1912, p. 32, n. 1.

(3) On suit la correction proposée par Zacharie : μὴ ὡς οὐχί.

(4) Nous lisons, avec Zachariae : ἀπειρίαν.

(5) Nous lisons dans le texte : φέρε ψῆφον au lieu de : φέρε τυχόν. Zachariae propose de lire : ψῆφον τυχόν. De toute façon, il faut corriger le texte donné par le *Cod. Laurentianus*, LXXX, 6.

six juges a été remis, à une des parties, que l'autre vote, émis par les quatre juges, a été remis à l'autre partie (1), et que personne n'ait appelé, les parties ayant laissé s'écouler le délai d'appel. Qu'adviendra-t-il donc? Quelle décision triomphera? Le Magister déclare que le vote des six l'emportera, l'expiration du délai d'appel ayant enlevé toute force au *votum* des quatre. Et c'est ainsi, disait-il, que les deux lois trouvent leur application sans qu'il y ait désharmonie entre elles ».

Outre qu'il nous fait connaître le juge Ophrydas, qui était un ardent ennemi de Xiphilin (2), le chapitre LI, 16, de la Πεῖρα nous renseigne sur un point important et curieux de la procédure byzantine. Il nous apprend que les juges d'un procès, tout au moins dans le cas de dissentiment, devaient donner leur opinion par écrit. Cette μελέτη, ou plutôt une copie conforme, était remise aux intéressés. Les plaideurs apprenaient ainsi le *votum* de chaque juge. Ils pouvaient, grâce à cette communication, vérifier aisément si le tribunal avait suivi l'opinion de la majorité et se décider en parfaite connaissance de cause à faire ou à ne pas faire appel dans les délais.

V

De l'objet du procès, des parties litigantes, du tribunal saisi.

Puisqu'un procès véritable a eu lieu, la première question à examiner est celle-ci : Quelle est l'affaire qui a donné l'occasion d'écrire la *Meditatio*? Il faut bien reconnaître que le souci de nous renseigner n'a pas

(1) Dans la constitution d'Alexis I Comnène relative à une question de testament irrégulier, *J. G. R.*, III, p. **344**, il est fait allusion au *votum* de la majorité des juges : τὸ πλεῖον μέρος εὑρίσκων τῶν δικαστῶν ὁμογνωμονοῦν ἐγγράφην ἐκεῖθεν τὴν ἐπί τούτῳ γνώμην κομίζεται.

(2) Il est encore question de cet Ophrydas dans la πεῖρα, XVI, 9 et XIX, 5. Nous le retrouverons plus tard.

beaucoup tourmenté notre auteur. Tout au contraire, il nous avertit qu'il dira seulement quelques paroles sur l'affaire à juger (1). Ce quasi-mutisme est fâcheux. Mais il s'explique. Parlant à des collègues qui connaissent le litige à fond, qui ont assisté aux débats, qui ont en mains toutes les pièces du dossier, notre auteur n'a pas à s'étendre sur des détails que chacun connaît. Content d'avoir fait étalage de son savoir, non moins satisfait d'avoir fait la leçon à son contradicteur, il se bornera à rechercher si quelques-unes des règles générales par lui rappelées donnent la solution du procès : Θεωρητέον εὐστόχως, εἰ τὸ περὶ αὐτῆς ἀμφίβολον ἐκ τῶν εἰρημένων τέμνεσθαι δύναται (2).

Il suit de là que l'on doit, pour répondre à la question posée plus haut, faire quelque place aux conjectures. On verra cependant que, tout considéré, cette place n'est pas excessive, et que ce qu'il faut nous résoudre à ignorer n'est ni essentiel ni même très important.

⁂

Une première convention — qui sera plus tard suivie d'une autre — a été faite entre un protospathaire et un monastère (3).

Ce n'est pas ici le lieu de dire ce qu'était un protospathaire. Il suffira de rappeler que le protospatharial est non pas une fonction, mais une dignité. C'est même une dignité très répandue. Administrateurs, généraux, fonctionnaires de la Cour en sont communément décorés (4).

(1) VII, pr. : Λοιπὸν οὖν ῥητέον τινὰ καὶ περὶ τῆς ὑποθέσεως, ἣ τῇ παρούσῃ γραφῇ τὰς αἰτιάς παρέσχηκε.
(2) VII, pr.
(3) VII, 1 : τὸ μεταξὺ τοῦ πρωτοσπαθαρίου καὶ τῆς μονῆς γεγονός.
(4) Voir, pour exemples, Constant. Porph. : *De ceremoniis aulae byzantinae*, éd. Bonn, p. 731 sq. Cf. Schlumberger, *Sigillographie de l'empire*

Il ne faut faire exception que pour les clercs qui sont très rarement protospathaires, probablement parce que, à l'origine, le protospathariat était une fonction militaire.

Nous ne pouvons donc dire, au seul énoncé de sa dignité, si notre protospathaire était un personnage important. Mais pour le monastère il n'y a guère de doute; et, comme l'higoumène, surtout l'higoumène d'un monastère autodespote (1), est certainement un puissant (2), il est à croire que son adversaire était, lui aussi, un personnage important. Un *humilior* n'eût pas mené tant de bruit sur une contestation avec un établissement pieux, et l'affaire n'eût pas été évoquée au haut tribunal impérial (3). Naturellement on ne peut, dans le silence du texte, deviner quel était le monastère litigant. Dans l'empire il y en a beaucoup, et l'on sait que la novelle de Nicéphore Phocas qui défendait la fondation de nouveaux monastères (4) ne fut pas longtemps appliquée (5). Mais nous estimons que ce devait être un monastère de Constantinople ou des environs. Si nos plaideurs avaient habité au loin, aucun d'eux n'eût probablement réclamé, s'exposant à de grands frais et à une grande perte de temps, le privilège du tribunal impérial.

La première convention, — convention synallagmatique (6), — consistait en ceci : le protospathaire, agissant

byzantin, Paris, 1884, p. 589 sq., qui compare cette dignité à notre ordre de la Légion d'honneur.

(1) On verra plus bas, p. 315, pourquoi il y a lieu de croire que le monastère dont il est ici question est libre et autodespote.

(2) Cf. H. Monnier, *Études du droit byzantin*, II (Paris, 1900, p. 36) et Zach., *J. G. R.*, III, p. 246.

(3) V. *infrà*, p. 48.

(4) V. *J. G. R.*, III, p. 292. La novelle de Nicéphore Phocas est de 964. Cf. H. Monnier, *Études du droit byzantin* (*Nouv. Rev. hist.*, 1892, p. 520 sq.).

(5) La Novelle de Basile Porphyrogenète qui supprima celle de Nicéphore Phocas est de 988. V. *J. G. R.*, III, p. 303.

(6) VII, 1 : παρὰ πᾶσιν ἀνωμολογῆσθαι συνάλλαγμα εἶναί τε καὶ ὀνομάζεσθαι τὸ μεταξὺ τοῦ πρωτοσπαθαρίου καὶ τῆς μονῆς γεγονός. Cf. VII, 6, 7.

tant pour lui que pour un autre, s'engageait à verser une certaine somme en or, moyennant quoi « les donateurs » devaient être reçus au monastère tout comme les moines et recevraient certaines prestations annuelles déterminées (1), sans toutefois qu'on pût les obliger à recevoir la tonsure tant qu'ils ne consentiraient pas à se prêter à cette cérémonie (2). Nos deux amis voulaient, on le voit, goûter les joies de la retraite, si passionnantes pour des âmes byzantines, mener la vie en commun (3), pratiquer l'abstinence, prier ensemble, méditer l'Écriture Sainte, s'adonner aux travaux manuels, mais ils ne voulaient pas du tout être tonsurés, au moins pour le moment. Notons qu'il s'agit ici non pas de la tonsure du clerc séculier, « tonsure partielle pratiquée de façon à dessiner sur la tête une double couronne » (4), mais de la tonsure monacale, c'est-à-dire de la coupe de cheveux qui marquait l'entrée dans la vie cénobitique, le moine étant dans l'obligation de porter les cheveux constamment ras.

°°°

Qu'une telle convention doive être rangée dans les conventions *do ut des et facias*, nul ne le contestera. Il est vrai que, parmi les engagements pris par le monastère, il y a celui de ne pas contraindre le protospathaire à la tonsure, engagement qui porte, pour parler le langage des

(1) VII, 3 : ... μένειν τε παρ' αὐτῇ (sc. μονῇ) ἐπίσης τοῖς ἄλλοις, καὶ λαμβάνειν ῥητά τινα; VII, 9 : Ἧτε τῶν συμφωνηθέντων δίδοσθαι καταβολὴ διὰ τῆς ἐτησίας δόσεως τὴν ἐνέργειαν ἔσχηκε; VII, 12 : τὴν τῶν σιτηρεσίων καὶ ῥογῶν ἐτησίαν δόσιν. — Sur les σιτηρέσια, V. p. 301, n. 3. — Sur les *rogae* (*stipendia*), V. *Cotelerii Ecclesiae graecae monumenta*, I, p. 256; IV, p. 726.

(2) VII, 3.

(3) VII, 8 : καὶ τοῖς ἐι τῇ μονῃ μονάζουσι συνηνώθησαν.

(4) Cf. Pargoire, *L'église byzantine de 527 à 847*, Paris, 1905, p. 208. Cf. Mgr Petit, *Le monastère de Notre-Dame de Pitié*, Sofia, 1906, p. 107 sq.

interprètes, sur un fait négatif; mais notre auteur a soin d'observer, comme l'auraient observé les jurisconsultes classiques (1), que *facere* s'entend aussi d'un *non facere* : τὸ δὲ ἵνα μή ἀποκείρεσθαί με καταναγκάζητε, ποίησις· ποιῆσαι γὰρ ἐστι καὶ τὸ μή ποιῆσαι (2).

Il ne paraît pas d'ailleurs que la validité de l'engagement ait fait naître quelques doutes. Nulle part, dans notre texte, la question de nullité n'est soulevée. On peut donc tenir pour certain que notre monastère n'était pas de ceux dont le statut défendait toute concession de rente viagère (σιτηρέσιον) à un laïque, quel que fût le bénéfice que le traité pourrait rapporter (3). Peut-être cependant va-t-on objecter que les lois de l'Église et notamment les canons 5 et 19, *actio octava*, du deuxième concile de Nicée (4) avaient interdit d'exiger de l'argent pour l'entrée dans un monastère. On pouvait bien apporter une dot, mais l'apport n'était pas l'exécution d'un traité, d'une promesse obligatoire, c'était un apport volontaire, spontané, du postulant ou de ses parents (5).

(1) D., L, 16, 19.
(2) VII, 5.
(3) Par exemple, le monastère de Sainte-Marie de Macheras dans l'île de Chypre. Cf. *infrà*, p. 318, n. 3. On lit, en effet, dans le typique du fondateur Nil, évêque de Tamassia : μηδενὶ ἑτέρῳ πιπράσκειν σιτηρέσιον, κἂν κοσμικὸς τυγχάνῃ, κἂν μοναχός, κἂν πολλὴν καὶ μεγάλην ὠφέλειαν ὑπισχνῆται τῇ μονῇ..... Michel Attaleiates, dans le typique dont il sera bientôt question (V. p. 316), permettait à un monastère de constituer une rente viagère, mais seulement moyennant dation d'un immeuble : εἰ δέ τε προσκυρώσει ἀκίνητον κτῆσιν πρός τὸ λαμβάνειν τοῦτον σιτηρέσια... γινέσθω τοῦτο, καὶ ἵνα παρέχωνται αὐτῷ ἅπερ ἔχουσι συμφωνηθῆναι μέχρι τέλους ζωῆς αὐτοῦ καὶ μόνου.
(4) Περὶ τοῦ ἐκτὸς δόσεων τὰς καταταγὰς τῶν ἱερατικῶν ἀνδρῶν, μοναχῶν τε καὶ μοναστηριῶν γίνεσθαι. Il s'agit du concile tenu sous Constantin et Irène en 787. On en trouvera le texte dans Labbe, *Sacrosancta Concilia*, VII, p. 611.
(5) Cf. Canon, 19 : ἐπὶ δὲ τῶν παρὰ γονέων παραδεδομένων δίκην προικῴον τοῖς τέκνοις ἢ ἰδιοκτήτων αὐτῶν πραγμάτων προσαγομένων... ὡρίσαμεν... μένειν αὐτὰ ἐν τῷ μοναστηρίῳ. Cf. pour l'Occident, Fleury, *Institut. au droit ecclésiastique*, I. ch. 23, et spécialement pour la France la déclaration royale d'avril 1693.

Ne faut-il pas voir dans la prohibition conciliaire un obstacle à tout accord du genre de celui que constate la *Meditatio* ?

On répondra d'abord : 1° qu'il ne s'agit pas ici, d'un versement opéré pour être reçu moine. Le protospathaire, pour le moment, ne veut être ni moine, ni novice (1). Il veut participer à la vie cénobitique en réservant sa complète liberté dans l'avenir. Donc, si long que soit son séjour dans le monastère, il ne sera pas profès, à moins qu'il ne demande à faire profession : point de tonsure, point de bonnet, de sandales, de pallium. Il ne revêtira ni le petit ni. à plus forte raison, le grand et angélique habit (2). Pour tout cela on verra plus tard.

On répondra ensuite : 2° que la prohibition conciliaire était, aux x^e^ et xi^e^ siècles, peu ou point observée. Sous le nom d'ἀποταγή, les chefs ou les bénéficiers des monastères ne se gênaient guère pour exiger du profès l'apport d'une portion de son patrimoine (3). La coutume avait été plus forte que la loi canonique, comme le prouve bien la constitution dans laquelle Alexis I^er^ Comnène déclare vouloir désormais que l'ἀποταγή cesse (4). Les fondateurs de monastères, qui craignaient les abus, avaient soin d'insérer dans l'acte de fondation l'exprès commandement d'admettre les postulants à la profession religieuse sans dation d'ἀποταγή. C'est ce que font Michel

(1) Pour le noviciat, il y avait des délais à l'expiration desquels le novice était ou reçu moine ou renvoyé.

(2) Cf. Marin, *Les moines de Constantinople depuis la fondation de la ville jusqu'à la mort de Photius*, Paris, 1897, p. 112 sq. — On trouvera dans Goar, *Euchologium sive rituale Graecorum*, Paris, 1647, p. 473-493, l'office du petit habit et, p. 499-519, l'office du grand et angélique habit. Cf. B. Laurès, *La vie cénobitique à l'Athos*, dans les *Échos d'Orient*, IV, 1900, p. 83; Mgr Petit, *Le monastère de Notre-Dame de Pitié*, Sofia, 1900 (Extrait du *Bull. de l'Institut archéologique russe*), p. 18, 107, 109.

(3) V. *infrà*, p. 306, n. 4.

(4) V. p. 303, n. 4.

Attaleiates en 1077 (1), l'impératrice Irène Ducas en 1118 (2), etc. Mais comme les fondateurs eussent compromis la vie matérielle des monastères en se montrant trop stricts sur l'interdiction des apports comme condition d'entrée, ils permettaient les dons volontaires (3).

On comprend bien qu'en pratique la prohibition de l'ἀποταγή se trouvait ainsi grandement affaiblie, pour ne pas dire éludée et tournée (4).

(1) Cf. Miklosich et Müller, *Acta et diplomata*, V, p. 313. Cf. p. 185.

(2) *Typicum Irenes Augustae*, ch. 7, dans Cotelier, *Mon. Eccl. Graecae*, I, p. 163; dans les *Acta*, V, p. 338; dans Migne, *P. G.*, CXXVII, p. 684-1127.

(3) V. les textes cités p. 306, n. 4 et 5. On lira notamment le § 12 du typique du monastère de Sainte-Marie, à Chypre, *Acta*, V, p. 407. Le fondateur, l'hiéromonaque Nilus, commence par défendre l'ἀποταγή. Il ne faut pas de distinction du mien et du tien entre cénobites, ni que celui qui a fait un riche apport l'emporte sur celui qui est entré gratis, μὴ γένοιτο τοῦτο εἰς τὸν αἰῶνα, μὴ γένοιτο. Puis Nilus ajoute : Εἰ δὲ ἴσως αὐτός τι ἑκὼν ὁ ἀποκαρησόμενος τῷ θεῷ προσενεγκεῖν αἱρεῖτο, δεκτέον τρόπον τοιόνδε (suit l'énumération des formalités de l'oblation qui varient suivant qu'il s'agit d'un meuble ou d'un immeuble).

(4) L'ἀποταγή signifiait d'abord la *Secessio a rebus materialibus* de celui qui se fait moine. C'est le seul sens que donne du mot le glossaire *ad scriptores mediae et infimae graecitatis* de Du Cange. L'ἀποταγή désigna ensuite l'apport fait au monastère pour réaliser la *secessio*. Cf. Meyer, *Die Haupturkunden für die Geschichte der Athosklöster*, Leipzig, 1894, p. 26, n. 1. Nécessairement, les apports étaient inégaux : tel apportait une riche dot, tel autre rien ou presque rien. Cette inégalité fut fatale à l'esprit monastique. Comme l'écrivait l'hiéromonaque Nilus, *Acta*, V, p. 407, l'ἀποταγή détruit la sainte obéissance (ἀναιρεῖ τὴν μακάριαν ὑποταγήν). Pour les moines dont l'apport était important, la règle s'adoucissait de toutes manières. Nissen, *Die Diataxis des Michael Attaleiates*, Iéna, 1914, p. 62 et 64, observe finement que, dans le typique de Michel, la phrase qui contient la défense de l'ἀποταγή se termine par une défense de l'exomonitat. Probablement, on promettait aux gens riches, qui voulaient appartenir à un couvent, de continuer, moyennant le versement de l'ἀποταγή, à vivre dans le monde. La vie cénobitique se brise. Peut-être faut-il voir là une des causes de l'idiorrhytmie. On sait que l'idiorrhytmie apparaît au XIVe siècle. Aujourd'hui encore, des couvents célèbres tels que Laura, Vatopédi, Iviron, etc., sont idiorrhytmes. Le gouvernement y est démocratique et la propriété privée admise. Comme l'observait justement le moine Pachôme au XVIe siècle (V. l'écrit de Pachôme dans Meyer, *op. cit.*, p. 213), des quatre devoirs essentiels du moine : s'abstenir de femme et de viande (τὸ ἀπέχεσθαι γυναικὸς καὶ κρέατος), être pauvre et obéissant (καὶ ἀκτήμονα εἶναι καὶ ἐν

En résumé, rien ne prouve que notre protospathaire veut entrer dans un monastère dont le Typikon prohibe expressément l'ἀποταγή. Et même en fût-il ainsi, puisque notre protospathaire ne faisait pas profession de vie religieuse, la prohibition ne le concernait pas.

°°°

Notre texte nous dit que le protospathaire a traité avec un monastère (1), et que, le cas échéant, une action sera intentée par ou contre les moines (2). Mais le texte ne nous dit pas quelles personnes ont, dans la convention avec le protospathaire, représenté le monastère. Pour suppléer au silence du texte, au moins dans quelque mesure, il faudrait savoir à quelle catégorie de monastères appartient celui dont il est ici question, et cela nous ne le savons pas non plus.

Dans le siècle où fut rédigée la *Meditatio*, c'est-à-dire le onzième, il y a beaucoup de différence entre les monastères, non pas seulement quant à la situation matérielle, mais encore quant à la situation juridique; et il va de soi que, suivant cette situation juridique, la qualité des personnes variera qui auront pouvoir de traiter au nom du monastère et d'engager ses ressources (3). Or, sur les diverses catégories de monastères, une Novelle d'Alexis I[er] Comnène nous donne de précieux renseignements, et, comme elle permet aussi de mieux comprendre le genre de traité passé avec notre protospathaire, une analyse détaillée de cette

ὑποταγῇ), les Idiorrhytmes n'en pratiquent que deux. Cf. Laurès, dans les *Échos d'Orient*, IV, p. 80-87 et 287-295.

(1) VII, 1.

(2) VIII, pr., 2.

(3) Cf. Balsamon, dans le *Syntagma* de Ralli et Potli, II, p. 651 : ..... διοικεῖσθαι τοὺς εὐαγεῖς οἴκους κατὰ τὸ δοκοῦν τῷ κτήτορι, οὐκ ἐφεῖται..... ἀκανονιστά τινα καὶ παράνομα διατάττεσθαι.

Novelle ne paraîtra peut-être pas inopportune (1).

Alexis Ier reconnaît que le patriarche peut incontestablement rechercher et corriger les *delicta animae* commis dans tous les monastères, dans les monastères libres comme dans ceux qui ont été l'objet d'une concession ou d'une donation et dans ceux qui ont été donnés pour la surveillance ou l'administration (2). Le patriarche a, en effet, le droit d'entrer pour enquêter sur les péchés commis aussi bien dans les *monasteria saecularia* que dans les *monasteria fisci* (3), en un mot, dans tous les monastères de sa province, qu'ils soient patriarcaux ou qu'ils soient impériaux et autodespotes (4). Dans les monastères patriarcaux déjà concédés par les patriarches antérieurs, le patriarche (ou son délégué) exerce le droit d'entrer pour enquêter sans aucune réserve; mais s'il s'agit de monastères libres et *sui juris* (5), il faut que le patriarche soit averti des péchés qui s'y commettent par une dénonciation ou par

(1) La Novelle d'Alexis, *De jure patriarchae circa monasteria*, a été conservée par Balsamon. V. Ralli et Potli, *op. cit.*, I, p. 141. On la trouve dans Bonnefoi, p. 71-75; Leunclave, I, p. 140-143; Zachariae, III, p. 407-410. Il y a quelque incertitude sur sa date. Zachariae hésite entre 1087, 1097 et 1112. V. *infrà*, p. 308, n. 2.

(2) Τὴν ἐπιτήρησιν καὶ διόρθωσιν τῶν ψυχικῶν σφαλμάτων... ἔχειν τόν... πατριάρχην ἐπὶ τοῖς ἐλευθέροις μοναστηρίοις καὶ ἐπὶ τοῖς ἐπιδοθεῖσι καὶ ἐπὶ τοῖς δωρηθεῖσι καὶ ἐπὶ τοις κατ' ἐφορέιαν ἢ οἰκονομίαν δοθεῖσι.

(3) εἰς τὰ κοσμικὰ καὶ εἰς τὰ τοῦ δημοσίου μοναστήρια.

(4) κἂν τε πατριαρχικὰ ὦσι κἄν τε βασιλικὰ καὶ αὐτοδέσποτα.

(5) εἰς δὲ τὰ ἐλεύθερα καὶ αὐτεξούσια μοναστήρια. Dans le typique de Léon, évêque d'Argos en Nauplie, pour le monastère de Sainte-Marie d'Area, *Acta*, V, p. 181, on lit : μηδὲ ὑπὸ ἔφορον ἢ χαριστικάριον ἢ ἕτερον τινα γενέσθαι ταύτην (sc. μονὴν) ποτε ἐντελλόμεθα, μηδέ τινι ἐσχηματισμένῳ ὀνόματι διοικήσεως ἴσως τῶν τῆς μονῆς πραγμάτων ἢ ἐπικουρίας καὶ αντιλήψεως ἐπεμβαίνειν τινα τῇ μονῇ καὶ οὕτω ταύτην πορθεῖν καὶ λείζεσθαι. ἀλλ' οὐδὲ αὐτοὺς τοὺς μεθ' ἡμᾶς ἐσομένους ἀρχιερεῖς ἐθέλομεν ὅλως πρὸς τὴν μονὴν ἢ τὰ τῆς μονῆς παρακόπτειν πράγματα ἢ ἐξουσιαστικὸν ἔχειν τι δίκαιον ἐπ' αὐτῇ, ἀλλὰ πάντη τῆς χειρὸς αὐτῶν ταύτην ἀπάγομεν, τὴν ἀναφορὰν μόνην τοῦ ὀνόματος ἐν ταῖς θείαις μυσταγωγίαις τούτοις παραλιμπάνοντες καὶ τὴν τῶν ψυχικῶν σφαλμάτων ἐπιτήρησιν.

la commune renommée. Dans les monastères concédés ou donnés pour inspection et administration ou donnés sans restriction (1), non seulement le patriarche recherchera tous les *delicta animae*, mais, en outre, il examinera si les preneurs ont ruiné en totalité ou en partie les monastères (2). Spécialement, si les preneurs, auxquels on a concédé des monastères pour surveillance temporaire et autre administration (3), les ont pillés et ne veulent pas les rétablir dans leur état ancien, on les leur enlèvera, quelques titres qu'ils puissent invoquer, en leur laissant toutefois un délai convenable. Mais les ἀποταγαί, étant contraires aux canons, ne seront plus ni données ni reçues (4). Elles cesseront entièrement désormais, et celui qui les recevra, s'il est higoumène, sera déchu de l'higouménat; s'il est charisticaire, sera expulsé du monastère (5). Cette prohibition

(1) ἐπὶ δὲ γε τοῖς κατ' ἐπίδοσιν δοθεῖσι μοναστηρίοις καὶ κατ' ἐφορείαν ἢ οἰκονομίαν ἢ παντελῆ ἐλευθερίαν. Leunclave corrige les derniers mots et lit : παντελῶς ἐλευθέροις, mais à tort, ce nous semble, car alors les trois catégories de monastères non libres indiquées au début de la Novelle (V. p. 305, note 2), ne se retrouvent plus. Cf. *Acta*, V, p. 397 : παντελῆ ἀτελείαν καὶ ἐλευθερίαν ἐδωρήσατο. V. cependant Nissen, *Die Diataxis*, p. 58.

(2) εἰ κατελύθησαν (τὰ μοναστήρια) ἢ καταλύονται μερικῶς ἢ καθόλου παρὰ τῶν λαβόντων ταῦτα.

(3) οἱ δὲ κατ' ἐφορείαν καιρικὴν καὶ ἑτέραν οἰκονομίαν ἐκδοθέντα κατέχοντες.

(4) Αἱ δὲ ἀποταγαί, ἐπεὶ παρὰ κανόνας δίδονται καὶ λαμβάνονται σχολάσουσι παντελῶς ἀπὸ τοῦ νῦν. Cf. *suprà*, p. 306, n. 3 et 4 et Zach., *J. G. R.*, III, p. 244 et 251.

(5) On admet généralement que c'est au x° siècle qu'apparaît, en Orient, l'usage de concéder (donner en commende) le monastère à des laïques. Cf. Krumbacher, *op. cit.*, p. 140 et 315. Si l'on en croyait Jean d'Antioche (V. *infrà*, p. 308, n. 2, *Cotel. monumenta*, I, p. 170), le charisticariat daterait de Constantin Copronyme. Mais le ch. 49 du concile *in Trullo* (*Quinisextum*) 692 — μήτε ὑπό τινος τῶν ἁπάντων κοσμικοῖς ἀνδράσι ταῦτα (τὰ μοναστήρια) ἐκδίδοσθαι; cf. *Concilia* de Labbe et Cossart, VI, p. 1165 — incline à penser que les débuts du charisticariat remontent plus haut. D'après Nissen (*Die Regelung des Klosterwesens im Römerreiche*, 1897, p. 13), il faudrait en chercher les commencements dans les emphytéoses temporaires ou perpétuelles que Justinien avait permises. Cod., 1, 2, 24; Nov. 7, pr., 3; 120, 1, 6. — Nous n'avons pas pu consulter ni l'étude d'Uspensky sur le cloître de Saint-Mamas signalée par Kurtz, *Byzant. Zeit.*, II, p. 137, ni, du

des ἀποταγαί ne s'étend pas aux oblations volontaires, spontanées (προσενέξεις), de ceux qui viennent à la tonsure (1). Ces oblations seront reçues, inscrites, au su du patriarche, dans le *Brevium* du monastère (2). Ceux qui possèdent les monastères (3) n'en toucheront rien, même si leurs titres leur attribuent ἀποταγαί et προσενέξεις. Il est bien entendu que de ces oblations maintenues (4), personne ne pourra disposer, quels que soient les titres invoqués.

Cependant, quand un séculier est altéré de son propre salut (5), le patriarche, qui a la charge des âmes des séculiers comme de celles des moines, ne pourra guère refuser de placer ce séculier dans un monastère et d'assurer ainsi le salut du suppliant. Il aura le droit de placement autant et plus que le *Charisticarius*, et sans aucun empêchement, sauf s'il ordonne qu'un laïque ou un moine d'un autre monastère patriarcal prenne une *fraterna portio*. Car il ne faut pas que, par la concession de l'exomonitat à un laïque ou à un moine, on grève le monastère d'un adelphat qui récompensera les esomonites de leur régularité en leur enlevant les moyens de vivre.

Alexis permet cependant au patriarche de décider qu'un *humilior* tout à fait misérable, ou encore les prélats qui ont perdu leur siège — il s'agit ici des évêques pauvres dont les diocèses sont occupés par les Turcs et autres envahisseurs — recevront d'un monastère riche le nécessaire, pourvu que le nombre des

même savant russe, *Les délibérations et décisions du Synode permanent de Constantinople aux xi^e et xii^e siècles, touchant la Collation des biens ecclésiastiques*, signalées *Échos d'Orient*, IV, p. 188, par Mgr Petit.

(1) Αἱ δὲ ἀπὸ τῶν προσερχομένων εἰς ἀπόκαρσιν γινόμεναι ἑκουσίως κατὰ γνώμην τῶν προσφερόντων προσενέξεις προσδεχθήσονται.

(2) Cf. *J. G. R.*, Leuncl., I, p. 434, Sur le mot βρέβιον, V. Nissen, *Die Diataxis*, p. 69, et Meyer, *Byzant. Zeitschrift*, IV, p. 372.

(3) οἱ τὰ μοναστήρια ἔχοντες.

(4) αἱ σωζόμεναι προσενέξεις.

(5) τινὰ τῶν κοσμικῶν διψῶντα τὴν οἰκείαν σωτηρίαν.

exomonites ne dépasse pas les ressources du couvent, car avant tout il convient que ce soient les esomonites qui jouissent du nécessaire (1).

°°°

De ce texte rapprochons l'éloquente *oratio* d'un contemporain d'Alexis I^er^, le patriarche Jean d'Antioche (2), et faisons de cette *oratio* une sommaire analyse.

Le patriarche constate, lui aussi, que presque tous les monastères, avec leurs droits, privilèges, immeubles, revenus deviennent des bénéfices. On les donne à des laïques, à des gens mariés, à des *gentiles* (3). Jean d'An-

(1) Ἕξει γὰρ ἀκώλυτον ὁ πατριάρχης τὸ τάσσειν [μᾶλλον] ἤπερ οἱ χαριστικάριοι, κἂν ὑπομνήματα ἔχωσι. Πλὴν εἰ κελεύει ὁ ἁγιώτατός μου δεσπότης λαμβάνειν χρείαν ἀδελφάτου τινα κοσμικὸν ὄντα ἢ καὶ μοναχὸν, ἀπὸ ἑτέρου μοναστηρίου διαφέροντος αὐτῷ, ἵνα μὴ δίδωσι κοσμικῷ ἢ μοναχῷ ἐξωμονίτατον, ὡς ἂν μὴ ἐπιβαρύνηται ἡ μονὴ ἀπὸ τοῦ ἀδελφάτου. Εἰ γὰρ ἐπιβαρύνηται λείψει πάντως καὶ τὸ ἐσωμονίτατον, καὶ γίνεται ἀντὶ μισθοῦ κρίμα. Εἰ δ'ἴσως προσέρχεταί τις τῶν λαϊκῶν ἀδύνατος πάντη καὶ πένης τῷ ἁγιωτάτῳ μου δεσπότῃ, ἢ ἀπὸ τῶν ἀρχιερέων τῶν ἀπολεσάντων τοὺς θρόνους αὐτῶν καὶ δεομένων, καὶ θελήσει τυποῦν αὐτὸν λαμβάνειν χρείαν ἀπό τινος τῶν εὐπορωτέρων μοναστηρίων, ποιήσει τοῦτο καλῶς μὴ ὑπὲρ τὴν δύναμιν τῆς μονῆς τοῦ ἀριθμοῦ τῶν τασσομένων ὄντος. Προτιμότεροι γὰρ ὀφείλουσιν εἶναι οἱ ἐσομονίται τῶν ἄλλων ἁπάντων εἰς τὸ λαμβάνειν τὰς χρείας αὐτῶν. Il semble qu'Alexis comprenne dans l'exomonitat et celui qui vit en dehors de son couvent et le moine qui a reçu la tonsure dans un autre monastère. D'ordinaire, ce dernier est appelé xenocourite.

(2) On trouve l'*Oratio* dans les *Monumenta ecclesiae graecae* de J.-B. Cotelier, Paris, 1677, I, p. 159-191, et, d'après Cotelier, dans Migne, *Patrol. Graeca*, CXXXII, p. 1117-1149. Cf. Ferradou, *Des biens du monastère à Byzance*, 1896, p. 233 sq. En tête de l'*Oratio*, on lit que son auteur a été moine ἐν τῇ Ὀξείᾳ νήσῳ, et dans Lequien, *Oriens christianus*, Paris, 1760, II, p. 756, que Jean devint patriarche d'Antioche en 1189 et qu'il fut plus tard obligé de fuir devant les Normands. Si, comme le veut Nissen, *op. cit.*, p. 58, l'*Oratio* avait provoqué la Novelle d'Alexis, cette Novelle serait sans doute de 1112, mais la conjecture de Nissen est gratuite. Krumbacher, *op. cit.*, p. 156, écrit, avec raison selon nous, que nous ne connaissons pas assez la vie monastique à Byzance pour savoir si l'*Oratio* a produit quelque effet.

(3) § 9 : ... κοσμικοῖς καὶ ἀνδρογύνοις, ἐνίοτε δὲ καὶ ἐθνικοῖς καὶ ἐπὶ δυσί, φεῦ, προσώποις.

tioche nous transcrit même la formule de concession employée par l'empereur et le patriarche de Constantinople. La concession était faite rarement pour la vie d'une personne (1), ordinairement pour la vie de deux personnes, ou même de trois (2). Le mal avait eu des débuts insidieux. On avait d'abord livré des monastères en ruines non pour faire une donation et pour procurer un gain corporel : οὐ δωρεᾶς τρόπῳ καὶ ἐπὶ σωματικῷ κέρδει, mais pour les restaurer et les orner (3). Puis, s'autorisant de ces précédents, les empereurs et les patriarches firent donation pleine et entière (τελείας δωρεᾶς τρόπῳ) de monastères en bon état (τὰ συνιστάμενα τῶν μοναστηρίων). En vain le patriarche Sisinius s'éleva contre ces pratiques (4). Le mal s'invétéra et s'accrut. On enlève à Dieu ce qui est à Dieu. Il y a là un sacrilège et pis encore, car le crime est commis en toute tranquillité de conscience non pas contre un, mais contre deux, contre dix, contre cent monastères, pour mieux dire contre tous (5). Et qu'on ne prétende pas que les moines ont ainsi un protecteur et les monastères un soutien, car les *charisticarii* ruinent les monastères ou les changent en *suburbia*. Aujourd'hui les monastères libres sont florissants et s'accroissent, les monastères concédés sont esclaves et périssent (6).

(1) *Acta Patriarchatus*, I, p. 488 : μετὰ δὲ τὴν αὐτοῦ ἀποβίωσιν εὑρίσκηται πάλιν τὸ μοναστήριον ὑπὸ τὴν πατριαρχικὴν ἐξουσίαν (acte de juillet 1368).

(2) V. p. 311, n. 4; p. 312, n. 2.

(3) Comme exemple d'une telle donation, V. *Acta*, I, p. 388. Hélène, femme de Michel II Paléologue, donne le monastère de Bassus ὡς ἂν κατέχῃ αὐτὴν (c'est-à-dire ledit monastère) ἐφ' ὅρῳ πάσης τῆς ἰδίας ζωῆς, et qu'il le relève de ses ruines.

(4) Cf. Leuncl., *J. G. R.*, I, p. 203.

(5) § 11, *in fine*.

(6) § 13 : τὰ (μοναστήρια) ὑπὸ τῶν χαριστικαρίων καταλυθέντα, καὶ τούτων οὐκ ὀλίγα εἰς προάστεια μεταποιηθέντα... τέως σήμερον τὰ ἐλεύθερα θάλλουσι καὶ ἐπιδιδόασι. Même constatation, pour les monastères libres, dans le typique du cloître de l'archange saint Michel, fondé par Michel Ier Paléologue. V. Dmitrievskij, Τυπικά, p. 773 : τὰ γὰρ τῶν μοναστηρίων

Les donations n'ont même pas pour effet la restauration des monastères, car on ne donne guère les monastères en ruines, mais plutôt ceux qui sont en bon état et productifs (1); aussi dans quelques donations est-il dit que le bénéficier aura le revenu déduction faite de la dépense afférente au monastère, sans avoir à rendre le moindre compte. Le *charisticarius* s'empare de tout, maisons, *suburbia*, animaux, revenus de tous genres. Son avarice est insatiable (2). Faute de ressources, plus de culte, plus d'aumône. C'est le charisticaire qui commande (3), sans tenir compte de l'higoumène qui n'est plus obéi (4). L'ὑποταγή cesse comme l'ἀποταγή. L'institut monastique croule. Les moines n'ont plus de religieux que l'habit, et encore cela n'est-il guère vrai dans les monastères asservis à des séculiers (5), car presque aussi nombreux que les moines sont ceux que les empereurs et bénéficiers placent dans les monastères comme frères séculiers esomonites et exomonites (6). Dans l'enceinte même du monastère (ἔσωθεν τῆς ἁγίας μάνδρας) les séculiers mangent de la viande, font bombance, mènent la vie mondaine avec toutes ses licences. Bientôt les monastères seront des auberges pour laïques (κοσμικὰ καταγώγια).

αὐτοδέσποτα, τῶν ἄλλων, τῶν προσώποις ὑποκειμένων, εὐθαλέστερά τε καί αὐταρκέστερα.

(1) Οὐ γὰρ τὰ καταλελυμένα... ἀλλὰ μᾶλλον τὰ συνιστάμενα καὶ εὐθαλῆ τὴν πρόσοδον ἔχοντα.

(2) § 14 : περὶ δὲ τῶν τὰς δωρεὰς ταύτας λαμβανόντων, οὓς ἡ πονηρὰ συνήθεια χαριστικαρίους ωνόμασεν, ἀναγκαῖον εἰπεῖν. Ἅμα γὰρ τῷ παραλαβεῖν, φεῦ, τὴν μονὴν, αὐτίκα τοὺς ἀπληρώτους τῆς πλεονεξίας κόλπους ὑφαπλώσας, πάντα ἐγκολποῦται τὰ αὐτῆς, οὐ μόνον οἰκήματα, προάστειά τε καὶ ζῷα καὶ παντοίας προσόδους, ἀλλὰ καὶ ναοὺς αὐτούς.

(3) V. *op. cit* , p. 181, des exemples d'ordres donnés par le charisticarius à l'higoumène.

(4) § 14, p. 182, *in fine* : τῆς γὰρ τοῦ προεστῶτος ἐξουσίας ἀνῃρημένης ὑπὸ τῆς κοσμικῆς ἐξουσίας.

(5) § 14, p. 183 : ὥς ἐστιν ὁρᾶν εἰς τὰ δεδουλωμένα κοσμικοῖς μοναστήρια.

(6) *Ibid.* : ἰσαρίθμιοι γάρ εἰσι σχεδὸν τοῖς μοναχοῖς οἱ ἐνταττόμενοι παρὰ τῶν βασιλέων καὶ χαριστικαρίων κοσμικοὶ ἀδελφοὶ ἐσωμονῖται καὶ ἐξωμονῖται.

Quant aux moines, leur situation est misérable. Comme des esclaves ils obéissent au *charisticarius* (1). D'ordinaire l'higoumène en fait autant (2). Si par hasard il résiste, les moines sont en majorité contre lui et pour celui de qui dépend leur vie matérielle. La détresse des religieux est telle qu'on en voit se livrer à des occupations séculières, exercer un métier, faire le commerce, tenir auberge (3).

Et que dire des monastères de femmes? Quels mots pourront ici décrire l'étendue du fléau? Qui pourra retenir ses larmes en la constatant? Aux maux signalés plus haut s'en ajoutent de pires. Les plus riches couvents sont donnés à de grands personnages en la personne de leurs femmes, donnés comme on dit *super duabus aut tribus personis*. Les couvents moins riches sont attribués à des personnages moins importants, hommes et femmes. Ces bénéficiers traitent aussitôt le monastère comme leur propre héritage, et ne fournissent rien ou presque rien aux religieuses (4). Quelques-uns élèvent des constructions dans l'enceinte du monastère, et c'est alors un pêle-mêle de mondains, de mondaines, de serviteurs, de servantes et de religieuses (5). Qui pourra dire à quels

(1) § 15, p. 184 : δουλοπρεπῶς τῷ χαριστικαρίῳ παρίστανται, πειθαρχοῦντες δίκην ἀνδραπόδων.

(2) *Ibid.*, ὁ δὲ ἡγούμενος... συναπάγεται καὶ αὐτὸς τῇ τοῦ χαριστικαρίου ἐξουσίᾳ.

(3) § 15, p. 185 : εἰς πολλὰ γὰρ ἄτοπα ὑπὸ τῆς ἐνδείας ἐκκυλίονται, ἐμπορείαν καὶ καπηλείαν καὶ πᾶν βιωτικὸν ἐπιτήδευμα μετερχόμενοι διὰ τὴν ἐλεεινὴν σωματικὴν ζωήν.

(4) *Ibid.*, *in fine* : τὰ μὲν γὰρ εὐπορώτερα τούτων τοῖς ἄρχουσιν εἰς πρόσωπα τῶν οἰκείων γαμετῶν δωροῦνται ἐπὶ δυσὶ προσώποις ἢ ἐπὶ τρισιν, ὥς φασι. τὰ δὲ ἀπορώτερα, ἀπορωτέροις καὶ ἀπορωτέραις. οἵ τινες ἅμα τῷ παραλαβεῖν αὐτά, οὐ μόνον πᾶσαν τὴν πρόσοδον αὐτῶν, ὡς ἰδίαν ἐγκολποῦνται κληρονομίαν, ὀλιγά τινα ἢ οὐδὲν ταῖς μοναζούσαις παρέχοντες. Cf. p. 308, n. 3; p. 314, n. 3.

(5) *Ibid.*, p. 186 : καὶ εἰσὶ λοιπὸν ἀναμὶξ κοσμικοὶ καὶ κοσμικαί, δοῦλοι καὶ δουλίδες, μετὰ τῶν μοναζουσῶν συζῶντες καὶ συνεκκλησιαζόμενοι.

actes se trouvent contraintes les humbles religieuses manquant des choses nécessaires par la faute des *charisticarii* et des *charisticariae*? C'en est fait de l'état monastique et virginal, c'en est fait de l'obéissance, de l'humilité là où commandent les bénéficiers (1).

Tel est le mal, et, bien loin de le combattre, empereurs et patriarches n'ont fait que l'aggraver au cours des âges (2). Concédants et concessionnaires ne semblent pas croire qu'ils pèchent gravement en trafiquant des biens qui sont à Dieu. Bien plus, ils sont à ce point inconscients qu'ils fondent de nouveaux monastères, sans se douter que, si l'inique coutume subsiste, ces établissements seront demain, à leur tour, donnés, asservis, détruits.

L'*Oratio* s'achève par de belles et touchantes actions de grâces au Christ qui, au lieu d'anéantir un empire où se commettent de telles iniquités, se contente de le châtier

(1) *Ibid.* : ἃ δὲ καὶ αἱ ταπειναί μονάζουσαι, ὑπὸ τῆς ἐνδείας τῶν ἀναγκαίων πιεζόμεναι δρῶσι, τίς ἰσχύει γραφῇ παραδοῦναι; οἴχεται κἀνταῦθα ἐξ αἰτίας τῶν χαριστικαρίων καὶ χαριστικαριῶν πᾶσα μοναδικὴ καὶ παρθενικὴ κατάστασις....

(2) Les récits qui nous sont faits à propos du cloître de saint Mamas à Constantinople, V. Dmitrievskij, Τυπικά, p. 703 sq. et 711 sq., donnent une exacte idée de la façon dont les choses se passaient à l'ordinaire. Le cloître de saint Mamas était patriarcal. En cette qualité, il avait été concédé à des *charisticarii* qui n'avaient eu d'autre souci que leur propre gain : les biens du monastère étaient réduits à rien, les maisons tombaient en ruines et les moines — il n'y en avait plus que deux — étaient obligés de mendier au dehors leur subsistance, p. 711 : περιοδεύοντες καὶ ἀναζητοῦτες τὰ πρός τὴν καθ' ἡμέραν ζωάρκειαν. C'est alors que le mystique Georges Kappadokès, homme vertueux, obtint du patriarche Cosmas (1146-1147) le charisticariat ἐπί προσώποις δυσί. Georges Kappakodès releva, en effet, le monastère de ses ruines. Puis réfléchissant que les deux charisticaires qui viendraient après lui pourraient bien se comporter comme ceux d'autrefois, il alla trouver le patriarche qui était alors Nicolas Muzalon (1147-1151), et obtint de celui-ci une déclaration portant que la μονὴ serait libre, καθ' οἱονδήτινα τρόπον εὔλογον ἢ παράλογον ὑποποιουμένην, μόνοις δὲ τοῖς ἐν αὐτῇ μοναχοῖς διοικοῖτο καὶ διεξάγοιτο, donc administrée exclusivement par les moines. L'empereur Manuel Comnène confirma par un χρυσόβουλλος λόγος la décision patriarcale.

en lui suscitant des ennemis tels que les Turcs féroces, les Patzinaces, les Comans, les Francs, et en l'accablant d'épreuves de toutes sortes. Puisse le Christ jeter un regard propice sur ce peuple qui est son héritage, qu'il a racheté de son sang! Puisse le Christ incliner à l'obéissance de ses divins préceptes les empereurs et les pontifes, les gouvernants, les gouvernés, les religieux et le menu peuple (1)!

***

De ces textes, il résulte que les monastères au XI[e] siècle étaient classés : *a*) en monastères libres ou monastères soit concédés, soit donnés, soit donnés pour surveillance et administration; *b*) en monastères séculiers, c'est-à-dire appartenant à des particuliers, et en monastères appartenant au fisc, c'est-à-dire à des autorités publiques; *c*) en monastères patriarcaux, impériaux et autodespotes (2).

La première classification nous intéresse surtout. Au cours de son rescrit *de jure patriarchae circa monas-*

(1) Il n'est pas interdit de penser que le patriarche d'Antioche a tout de même exagéré les méfaits des *charisticarii*. Il y eut de bons *charisticarii* (V. p. 312, n. 2), et, d'autre part, les moines grecs, livrés à eux-mêmes, donnèrent, plus d'une fois, de tristes spectacles, comme le prouve l'écrit d'Eusthate de Thessalonique (mort entre 1192 et 1194), *De emendenda vita monastica*, Migne, *Patr. gr.*, CXXXV, p. 730 et 910. Cf. H. Monnier, *Études de droit byzantin* (*Nouv. Rev. hist.*, 1892, p. 523).

(2) Cf. Ferradou, *Les biens des monastères*, p. 90 sq.; Nissen, *Die Diataxis...*, p. 54 sq. : — Depuis quand trouve-t-on des monastères libres, autodespotes? On a parfois soutenu, V. H. Monnier, *Études de droit byzantin* (*Nouv. Rev. hist.*, 1892, p. 524), que Justinien avait connu de tels monastères. Mais c'est là une erreur et Mayer, *Die Haupturkunden für die Geschichte der Athosklöster*, Leipzig, 1894, p. 25, n. 3, écrit avec raison : Justinian kennt sie noch nicht. — Au X[e] siècle, les monastères autodespotes existent certainement. A défaut de la bulle d'or de Romain Lacapène, de 924, qui déclare libre le monastère Xéropotamu *in monte Athone*, bulle aujourd'hui reconnue fausse, on peut citer comme preuve le typique de saint Athanase pour Laura (Meyer, *op. cit.*, p. 109) de 970 : εἶναι αὐτὴν αὐτοδέσποτον καὶ αὐτεξουσίον.

teria, Alexis Ier Comnène la précise en parlant ici de monastères libres, *sui juris*, autodespotes, là de monastères qui dépendent d'autrui comme concédés ou donnés ou seulement donnés pour surveillance et administration (1). La novelle nous fait voir que, quel que fût le titre du bénéficier, donataire, *charisticarius*, éphore, administrateur, le monastère était mis en coupe réglée et déréglée. C'était le pillage et la ruine. Le bénéficier ne se gênait même pas pour imposer, tout autant que le patriarche ou l'empereur, des laïques ou des moines venus d'ailleurs et pour diminuer ainsi la maigre part des esomonites (2).

Jean d'Antioche ajoute d'autres détails. Les concessions (ἐπιδόσεις) étaient faites pour deux ou trois personnes (3). On avait débuté en concédant des monastères ruinés à de riches particuliers pour que ceux-ci les relevassent; puis, empereurs et patriarches avaient donné

(1) Il est superflu d'observer que ces classifications des monastères dépendants n'avaient rien d'absolu. Elles étaient commodes et donnaient une idée approximative de la réalité sans s'y ajuster toujours étroitement. Aussi les mots : ἔφορος, χαριστικάριος, κύριος, κτήτωρ, ἐπίκουρος, ἀντιλαμβανόμενος, κτητορεία, δεσποτεία, ἐφορεια, κατοχή, προστασία, οἰκονομία, ἀντίληψις, etc., sont-ils souvent employés les uns pour les autres. Cf. Jos. von Zhisman, *Das Stifterrecht in der morgenländischen Kirche*, 1888, p. 12. C'est de quoi on sera facilement convaincu en parcourant la collection des *Acta* de Miklosich et Müller, et la collection des Typika publiés par A. Dmitrievskij. Cf. *suprà*, p. 305, n. 5, p. 308 n. 1; p. 317, n. 1, 3. Au surplus, à la lecture des textes, on prend l'impression que le plus souvent, à notre époque, le droit de fondateur (κτητορικὰ δίκαια) ne se distinguait guère (sauf les restrictions et les privilèges venant des lois de l'Église et du Typicum) des droits de propriété. C'est ainsi que le fils de Michel Attaleiates aura les κτήτορος προνόμια, en même temps qu'il sera *dominus*, *Acta*, V, p. 315; que donation du monastère de saint Jean-Baptiste *in monte Menoiceo apud Serras* est faite, en 1324, à Jean Cantacuzène pour qu'il soit κύριος et κτήτωρ, *Acta*, V, p. 438, etc. En Occident aussi, le droit de patronage apparaît jusqu'au XIIIe siècle comme un attribut du droit de propriété. Cf. Thomas, *Le droit de propriété des laïques sur les églises et le patronage laïque au moyen âge*, Paris, 1906, p. 112; Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*[11], Paris, 1912, p. 177 sq.

(2) V. p. 308, n. 1.

(3) V. *suprà*, p. 309, n. 2; p. 317, n. 5.

des monastères en bon état et non pas quelques-uns, mais un très grand nombre, presque tous. Le résultat était déplorable. Tandis que les monastères libres restaient florissants, les monastères dépendants, à la merci des bénéficiers, tombaient dans une complète décadence et une démoralisation inexprimable. Le *charisticarius* est maître absolu comme l'empereur, il place à son gré dans le monastère des frères séculiers qui résident ou ne résident pas dans le monastère, et réduit les ésomonites à une condition misérable. Rien n'a pu restreindre son pouvoir de droit et de fait : le bénéficier considère et traite le monastère comme sa propriété.

Cela constaté, il faut conclure que, pour les monastères dépendant d'autrui, c'était avec le bénéficier ou *charisticarius* qu'on devait faire des arrangements tels que celui de notre protospathaire.

Ce que nous savons du pouvoir et des droits d'un *charisticarius* d'une part, et, d'autre part, ce que nous apprend la *Meditatio* du contrat passé par le monastère et de l'action intentée par ou contre les moines, nous porte donc à croire que c'est dans un monastère entièrement libre et autodespote, dans un monastère qui ne dépend plus de personne, qui n'est sous la main de personne, que notre protospathaire a voulu faire l'essai de la vie cénobitique (1).

On peut, semble-t-il, trouver dans la célèbre *Diataxis* (2) de Michel Attaleiates une confirmation de ces conclusions.

(1) Cf. le Typikon de 1136 pour le monastère du Pantocrator, fondé par Jean Comnène. Ce typique a été édité par M. Bezobrazov, en 1887, et depuis par Dmitrievskij, Τυπικά, p. 656-702. On lit, p. 700 : Ἕξει δὲ ἡ μονὴ τὸ ἐλεύθερον πάντη καὶ ἀκαταδούλωτον, ὑπὸ μηδεμίαν ἐξουσίαν τελοῦσα, μηδένα τὸν κυριεύοντα ἔχουσα, αὐτοδέσποτος... μόνη τῶν ἑαυτῆς ἀντιποιουμένη καὶ πάντων ἐξουσιαστικῶς καὶ αὐθεντικῶς καταπολαύουσα... Sur ce monastère cf. Hergès, *Échos d'Orient*, II, p. 70 sq.

(2) Editée par Sathas, dans le t. I de sa *Bibliotheca graeca medii aevi*, p. 2 sq., et ensuite par Miklosich et Müller, dans les *Acta et diplomata graeca medii aevi*, t. V, p. 293 sq. Nous avons déjà plusieurs fois cité la remarquable étude sur la *Diataxis* de Waldemar Nissen.

Michel, patrice, proconsul, juge président du tribunal du voile séant à l'Hippodrome (1), né à Attalia, en Pamphylie (2), fonde en 1077 un hospice de pauvres et un monastère (τό τε πτωχοτροφεῖον καὶ τὸ ὑπ' αὐτῷ μοναστήριον) (3).

Il consacre à Dieu des biens situés à Rhodosto et dans la capitale. Michel agit ainsi, non parce qu'il manque d'héritier, — il a un fils, le mystographe et notaire impérial Théodore, — mais par esprit de charité et par sentiment de reconnaissance envers le Sauveur qui lui a toujours été miséricordieux. Après Michel, Théodore sera le maître irrévocable et irresponsable de la fondation (καὶ κύριον καὶ διοικητὴν ἀλογοθέτητον καὶ πᾶσι τρόποις ἀμετακίνητον) (4). Théodore mort, un de ses descendants prendra sa place et sera maître, éphore, diocète des maisons, des biens, des Ψυχικά. On prendra de préférence un descendant du sexe masculin. Il n'y aura d'higoumène que si Théodore le veut, et celui-là seul sera higoumène dont Théodore aura confirmé le choix (5). Quand la ligne directe sera éteinte, la fondation deviendra *sui juris*; l'économe alors en fonction sera higoumène. Toutefois un collatéral aura une éphorie, rémunérée seulement par deux portions de moine (δύο μοναχῶν χρείαν) et cent cinquante mesures d'orge (6).

Michel Attaléiate répète, à plusieurs reprises, que le

(1) *Acta*, V, p. 293 et 322, et *infrà*, p. 336, n. 1.

(2) Cf. Sathas, *op. cit.*, I, p. 7-18; Nissen, *op. cit.*, p. 23-30; Krumbacher, *op. cit.*, p. 270, 315.

(3) *Acta*, V, p. 303, l. 18, 22.

(4) *Acta*, V, p. 300, *in fine*.

(5) *Ibid.*, p. 310. Cf. Nissen, *op. cit.*, p. 33.

(6) *Ibid.*, p. 302, *in fine* : Εἰ δ'ἴσως ἐπιλείψει κατὰ σειρὰν τῶν κατιόντων ἡ γενεά... τότε ὁ ἔχων ευρεθῆναι οἰκονόμος αὐτόθεν εἰς τὸν τῆς ἡγουμενείας ἀναβιβάζηται βαθμὸν καὶ ὑπάρχῃ ἡγουμένος ἐν αὐτεξουσίῳ πτωχοτροφείῳ καὶ μοναστηρίῳ τούτῳ... ἀπὸ δὲ τῶν ἐκ πλαγίου συγγενῶν μου ὁ ἀρετῇ διαλάμπων καὶ προβαθμιώτερος... διαδέχηται τὴν ἐφορείαν καὶ συνδιοικῇ μετὰ τοῦ ἡγουμένου καὶ τῶν μοναχῶν πάντα τὰ ψυχικά...

monastère est autodespote, *sui juris*, qu'il ne dépendra ni de l'empereur ni du patriache, ni d'un métropolitain ni d'un évêque ni d'une autorité quelconque laïque ou ecclésiastique, publique ou privée(1). En réalité l'autodespotie ne devient complète qu'une fois la parenté directe et même collatérale éteinte. Alors, vraiment, le monastère est gouverné exclusivement par son higoumène (dont l'élection (2) sera confirmée par l'abbé de Stude), son économe et autres moines. Il n'a plus de maître sur la terre, mais seulement au ciel : Dieu qui est maître, seigneur, éphore, mainteneur, fondateur (3). C'est devant le formidable tribunal de Dieu que Michel assigne tous ceux qui aliéneront, donneront, échangeront tout ou partie de la fondation (4), ou qui en concéderont quoi que ce soit *ad tempus*, ou à perpétuité, ou *a prima persona ad primam* (5). S'il s'élève un litige relativement à quelque bien du monastère, il faut qu'un libelle indique nettement qui agit contre l'héritage du Christ (6). L'Éparque de la ville devra prêter son assistance aux moines, et, pour cette assistance, outre la récompense que Dieu lui accordera et le droit d'inscription dans les diptyques, il recevra un honoraire de cinq nomismes.

L'assistance de l'Éparque est requise à peine de nullité

(1) V. *Acta*, V, p. 303, *in fine*; p. 307, *in fine*.

(2) Sur les élections d'higoumène, V. l'étude d'Adolphe Hergès dans les *Échos d'Orient*, III, p. 40-49.

(3) *Acta*, V, p. 303, *in fine* : ἀπορίᾳ δὲ καὶ ἐρημίᾳ συγγενικοῦ μου κληρονόμου, τότε τῷ δικαίῳ τῆς αὐτεξουσιότητος καὶ αὐτοδεσπότου προνομίας διοικῶνται πάντα καὶ καταρτίζωνται καὶ διεξάγωνται παρά τε τοῦ καθηγουμένου καὶ τοῦ οἰκονόμου μου καὶ τῶν λοιπῶν μοναχῶν.

(4) *Ibid*, p. 304 : κύριον καὶ δεσπότην τούτων εἶναι καὶ ἔφορον καὶ συνοχέα καὶ κτήτορα ὡς ἀληθῶς... τὸν κύριον ἡμῶν Ἰησοῦν Χριστόν...

(5) *Ibid.*, p. 307, *in fine* : ... ἢ κτῆμα αὐτῶν ἐκδιδόναι εἰς τὸ διηνεκὲς ἢ εἰς χρόνους ἢ ἀπὸ πρώτου εἰς πρῶτον... Cf. *suprà*, p. 309, n. 2; 311, n. 4; 312, n. 3.

(6) *Ibid.*, p. 315 : Εἰ δὲ ἀνακύψει ζήτησις ἢ δίκη περὶ κτήματος τοῦ θείου πτωχοτροφείου καὶ τῆς μονῆς, ἵνα μὴ ἔχωσιν ἐξουσίαν τοῦ δικάζεσθαι ἄνευ τοῦ λαβεῖν λίβελλον περιέχοντα, ὅτι ἐγὼ ὁ δεῖνα κινῶ κατὰ τῆς κληρονομίας τοῦ υἱοῦ τοῦ θεοῦ.

du jugement. Toutefois l'héritier de Michel pourra s'en passer si l'affaire est peu importante. Si l'Éparque s'avisait de réclamer l'éphorie ou tout autre privilège, il perdrait immédiatement toute espèce de droit, et le monastère se passerait désormais de son assistance (1).

Il est inutile de pousser plus avant l'examen de la *Diataxis* et d'indiquer les diverses prescriptions du fondateur sur le choix de l'abbé, les paroques et fermiers (ἐκλήπτορες), la garde des archives, les secours accordés au domestique d'un moine quand le moine vient à mourir, etc. (2). L'analyse qui précède, malgré sa brièveté, suffit à prouver une fois de plus qu'un monastère, quand il était devenu vraiment libre et ne dépendant plus aucunement de personne, pouvait actionner et être actionné directement. Il plaidait soit avec l'assistance de l'Éparque de la ville, soit seul, quand l'Éparque avait perdu son droit d'assistance.

Dans notre *Meditatio*, il n'est question ni de fondateur, ni de propriétaire, ni d'éphore ni de procureur (προνοητής) du monastère en procès, ni même de l'Éparque de la ville; c'est donc que personne n'a plus le droit de s'occuper des affaires temporelles de nos moines, si ce n'est les moines eux-mêmes représentés par les autorités régulières du monastère (3) et par ceux que ces autorités ont pu charger de soutenir leurs intérêts.

⁂

La convention entre le protospathaire et le monastère, une fois faite, fut aussitôt couchée par écrit (4). Tel était

(1) *Ibid.*, p. 315 : ... οὐκ ἔτι δεήσει ἐπαρχικῆς βοηθείας.

(2) *Acta*, V, p. 320 : *μοναχοῦ... πρὸς κύριον ἐκδημοῦντος, ἵνα παραμένῃ ὁ τούτου ὑπουργὸς εἰς τὸ πτωχοτροφεῖον, κ. τ. λ.*

(3) Voir dans Leuncl., *J. G.*, I, p. 418, le ***mandatum quod abbatibus datur.*** Sur les diverses autorités d'un monastère, on trouvera des détails dans les typiques, et notamment dans le long typique déjà cité de Nilus pour le monastère qu'il a fondé, en 1210, dans l'île de Chypre sur le mont Macheras. V. *Acta*, de Miklosich et Müller, V, p. 392-432.

(4) VII, 4 : Προέδη δὲ παρευθὺ καὶ τὰ περὶ ταύτης ἔγγραφα.

l'usage pour tous les arrangements de quelque importance. Par qui les *instrumenta* ont-ils été rédigés ? A-t-on eu recours au ministère d'un tabellion ou nomicus (1)? Le texte est muet, mais cela importe assez peu. Le litige n'a pas pour objet une question de preuve et l'on doit tenir pour certain que les *instrumenta* produits ont paru réguliers et n'ont donné lieu à aucune contestation.

En exécution de la convention, le protospathaire verse l'or promis (2). Par ce versement le contrat innommé prend naissance (3), et l'action *praescriptis verbis* pourra, s'il y a lieu, être intentée (4). En exécution du contrat les donateurs sont reçus au monastère, et adjoints à ceux qui y menaient la vie monastique (5). Pendant plusieurs années ils reçoivent les annones et distributions promises (6) et, comme dit notre texte, rien ne reste inexécuté des conventions arrêtées (7).

Le contrat a-t-il été exécuté entièrement?

On serait tout d'abord tenté de dire oui. On lit, en effet, VII, 10, que la convention fut exécutée ἐπ' ἐνιαυτοὺς ἤδη τόσους. Ces mots ne doivent-ils pas s'entendre d'une exécution pendant un délai fixé dans la convention? Il y a plus : à diverses reprises on nous dit que le contrat a produit son plein effet, qu'il a reçu son parfait achèvement (8), que les conventions ont été menées à bonne fin sans que rien manque (9). Pour qu'on puisse tenir un tel langage ne faut-il pas, les donateurs étant encore en vie et le monastère toujours subsistant, comme cela

(1) G. Ferrari, *I documenti greci medioevali*, Leipzig, 1910, et *Formulari notarili inediti dell' età bizantina*, Rome, 1912.

(2) VII, 8.

(3) VII, 2, 6, 12.

(4) VII, 3, *in fine*.

(5) VII, 8.

(6) VII, 12 : τὴν τῶν σιτηρεσίων καὶ ῥογῶν ἐτησίαν δόσιν. Cf. p. 301, n. 3.

(7) VII, 9 : οὐδὲν τῶν δεδογμένων ἀτέλεστον ὑπολέλειπται.

(8) VII, 7, 9, 10, 11, 13.

(9) VIII, 2.

résulte de l'ensemble du texte (1), ne faut-il pas que toutes les prestations aient été fournies, toutes les livraisons faites, et que chaque partie n'ait plus rien à demander ni rien à recevoir ?

Nous croyons que la vérité est autre. En réalité le contrat n'avait pas reçu sa complète exécution quand une nouvelle convention fut faite. Aucun délai n'avait été fixé au séjour du protospathaire dans le monastère. Ce texte ne parle pas d'un délai, mais d'une exécution qui a été prolongée pendant tant d'années. Si un délai avait été fixé, notre auteur, exposant le détail de la convention, l'eût certainement indiqué. D'ailleurs, et c'est un point sur lequel on reviendra bientôt, dans l'hypothèse d'un délai fixe, l'ensemble de notre texte devient presque inintelligible. A notre estime, le donataire, moyennant le versement promis, devait, aux termes de la première convention, pouvoir rester au monastère sa vie durant, sans que personne pût le contraindre soit à en sortir, soit à y recevoir la tonsure. Ce qui a été conduit à parfait achèvement, c'est la première convention. Par l'effet du premier versement, la première convention est devenue un contrat, et ce contrat a été ponctuellement exécuté longtemps (2), jusqu'à la seconde convention, donc a produit, jusque-là, son plein effet (3). Il est exact de dire que rien n'est resté inexécuté des conventions antérieures (4).



Mais alors pourquoi ce nouvel arrangement?

Probablement les moines s'aperçurent que l'affaire n'était pas bonne, pécuniairement parlant, pour leur

(1) Notamment au tit. VIII, pr., et 1.
(2) VII, 10.
(3) VII, 11.
(4) VII, 9.

monastère. Ils avaient compté, en promettant une rente viagère (1) (σιτηρέσιον) et des *rogae*, que les donateurs ne vivraient pas longtemps, et ceux-ci faisaient maintenant preuve d'une santé inaltérable. Peut-être aussi les moines avaient ils cru que, la force persuasive du régime monastique aidant, les donateurs réclameraient en peu de temps la tonsure, et que devenant vraiment moines, ils apporteraient volontairement au monastère, comme il était d'usage, tout ou partie de leurs biens (2). Or notre protospathaire vivait monacalement et paisiblement depuis des années sans manifester la moindre disposition pour un changement d'état. Les moines se trouvaient donc frustrés à la fois dans leurs espoirs pieux et dans leur désir d'enrichissement. D'où le nouvel arrangement.

On convint d'augmenter la somme en or qui avait été promise. Sur ce point, aucun doute, car il est parlé, au paragraphe premier du dernier titre, de l'or qui devait être payé en augmentation de la somme (3), et l'on prévoit le cas où les moines voudraient agir en vertu du second arrangement. Au contraire il ne semble pas que les obligations du monastère aient été modifiées en quoi que ce soit, puisque, au début même du titre VIII, on nous dit que le protospathaire, s'il agit, agira en vertu des conventions antérieures (4).

Qu'est-il arrivé ensuite? La conjecture la plus vraisemblable nous paraît celle-ci :

Le protospathaire, après réflexion, refusa de verser la nouvelle somme fixée par le pacte modificatif, alléguant qu'il n'y était aucunement obligé. Le monastère se décida alors à faire un procès au protospathaire et invoqua, pour soutenir qu'il avait bien une action, la possi-

(1) V. p. 300, n. 1.
(2) V. *suprà*, p. 301, n. 5.
(3) VIII, 1.
(4) Καὶ τοῦ πρωτοσπαθαρίου κινοῦντος ἐκ τῶν προγεγονότων συμφώνων κατὰ τῶν μοναχῶν.

bilité d'étendre les effets du *contrarius consensus* à tous les contrats de bonne foi, et, par conséquent, au contrat innommé passé entre les moines et les donateurs *sub modo* (1). Il est si vrai que là était le fort de l'argumentation du monastère que notre auteur, qui d'ailleurs la trouve mal fondée (2), éprouve le besoin, « pour preuve à l'appui de son *votum*. πρὸς πίστιν τοῦ λόγου καὶ βεβαίωσιν (3), de reprendre encore une fois l'exemple déjà donné de *contrarius consensus*, d'en ajouter un autre, et, encore une fois, de préciser quand et comment s'applique la théorie du mutuel dissentiment.

Voici d'abord l'exemple donné déjà (4) et repris par notre auteur (5).

Une personne achète, moyennant un prix de cinquante sous d'or, mille amphores de vin. Tant que les cinquante sous d'or n'ont pas été versés, tant que le vin n'a pas été livré, les choses sont entières, et les parties peuvent, par une nouvelle entente, augmenter le prix et le nombre des amphores. En réalité, il y a dans le nouveau pacte un nouveau contrat qui se substitue à l'ancien (6). Le *contrarius consensus* fonctionne sans difficulté. — Que si, au contraire, le prix a été payé et le vin livré, le contrat a été mené jusqu'à sa fin, rien ne manque à son exécution, il est achevé (7). La conséquence est aussitôt tirée par notre texte : « Si quelque convention est faite, elle est tenue pour inefficace par la loi, et on ne peut, en vertu de cette convention, ni intenter une action, ni obtenir licence de le faire ».

L'auteur de la *Meditatio* ajoute aussitôt : « Qui trou-

(1) Cf. *Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 502, *in fine*.
(2) VII, 14.
(3) VII, 15.
(4) V, 25 sqq. Cf. *suprà* (*Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 504).
(5) VII, 16.
(6) VII, 16 : ἀνανεούμεθα.
(7) Cf. *suprà* (*Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 496).

vera-t-on pour contredire à cela ? » (1). Il tombe en effet sous le sens qu'on ne peut concevoir une modification à remplir quand les obligations sont remplies.

⁂

Voici maintenant l'exemple nouveau (2). Une personne a vendu un cheval, reçu le prix et livré le cheval. Puis les parties conviennent que l'acheteur versera en augmentation du prix une nouvelle somme. Il est certain que la convention *ex intervallo* n'a pu produire les effets d'un *contrarius consensus* et que le vendeur n'aura pas d'action pour obtenir le supplément du prix. Pour soutenir le contraire, il faudrait ne rien connaître au droit et à la justice (3).

Et pour prouver qu'on ne s'y trompait pas dans la pratique et qu'on ne s'avisait pas de faire jouer le *contrarius consensus* dans les circonstances sus-indiquées, l'auteur nous indique un usage (4) qui, pour les ventes et achats de chevaux et de mules, conciliait les règles du mutuel dissentiment (5) avec certaines nécessités commerciales. Le vendeur faisait bien livraison de l'animal vendu, mais cet animal était aussitôt remis à un séquestre volontaire; ou bien c'est l'acheteur qui payait et le prix était aussitôt confié à une personne entremise (Μεσεγγυητής) (6); ou bien encore, prix de vente et objet vendu étaient consignés, et cela pour deux ou trois

(1) VII, 17 : πρὸς ταῦτα τίς ὁ ἀντιφθεγξαμένος εὑρεθήσεται;
(2) VII, 18.
(3) VII, 19.
(4) VII, 20 : ἡ κοινὴ τῶν ἀνθρώπων χρῆσις. VII, 21 : ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον.
(5) VII, 21 : Ἵνα γὰρ μὴ εὐθὺς ἀποκλείωνται.
(6) *Bas.*, XIII, 2, 6 : Μεσεγγυητής ἐστι κυρίως, ᾧτινι πολλοὶ εἰς ὁλόκληρον παρέθεντο πρᾶγμα ἐπὶ δήλῳ ὅρῳ τοῦ φυλάξαι καὶ ἀποδοῦναι. Cf. D. XVI, 3, 6. V. Maynz, *Cours de droit romain* [4], II, p. 322-325. A. Hepitès, dans son *Dictionnaire,* définit ainsi la μεσεγγύησις : Ἡ μεσεγγύησις λέγεται séquestre ἤτοι ἡ παράδοσις πράγματος εἰς χεῖρας τρίτου ἢ δυνάμει δικαστικῆς ἀποφάσεως ἢ ἀμοιβαίας τῶν μερῶν συμφωνίας.

jours (1). Moyennant cette remise, le contrat était réputé encore inexécuté par l'une des parties si une seule avait consigné; par les deux parties, si toutes deux avaient eu recours au Μεσεγγυητής (2). D'où la possibilité de recourir au *contrarius consensus* pour abandonner ou modifier la vente (3). Le consignataire a joué le rôle d'un séquestre volontaire qui a possédé pour celui que le nouvel arrangement a désigné. La *recessio* se produit régulièrement : ὀρθῶς συμβαίνει προβαίνειν τὴν ὑπαναχώρησιν (4).

°°°

On ne peut se tenir de remarquer la façon de s'exprimer de notre auteur dans l'hypothèse d'une vente exécutée des deux côtés et suivie d'un pacte en augmentation du prix. « Qui pourra, écrit-il, dire que je serai reçu à intenter une action pour augmentation de prix, qui pourra soutenir que je ne serai pas repoussé aussitôt *sans qu'il me soit même permis d'approcher de la porte du tribunal?* Personne ne dira cela si ce n'est un ignorant, une personne non initiée à la justice véritable et légale » (5). Il y a dans les mots soulignés une allusion certaine à l'installation des tribunaux byzantins et à la procédure d'introduction de l'instance. Il est vrai que nous avons peu de renseignements sur cette installation et cette procédure (6), mais il est généralement

(1) C'est le délai pendant lequel un pacte adjoint est réputé fait *in continenti*. V. *suprà* (*Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 500, n. 3).

(2) VII, 24 : ... διὰ ταύτην (sc. μεσεγγύησιν) ῥέ νόνδουμ σεχούτα τοῦ γεγονότος νομιζομένου.

(3) VII, 22.

(4) VII, 24.

(5) VII, 18, 19.

(6) Zachariae v. L. écrit, *Gesch. des G. R. R.* ³, p. 390 : Abgesehen von den Basiliken, welche im siebenten Buche das Justinianische Recht reproduciren, und einigen Novellen der byzantinischen Kaiser, findet sich in den Quellen kaum irgend eine Auskunft über Art und Normen des gerichtlichen Verfahrens.

admis, et non sans raison, que ni l'une ni l'autre n'avaient essentiellement changé depuis Justinien (1).

Or, sous Justinien et depuis le v^e siècle, les audiences se tiennent à huis clos dans le *secretarium* ou *secretum* (2). Aussi le mot *secretum* a-t-il pris le sens de tribunal ; il gardera cette signification jusqu'à la fin de l'Empire (3). Le public restait donc tenu à l'écart, séparé qu'il était des juges par des portes, des grilles et des voiles.

Dans le fond du *secretarium* siège le juge caché par des voiles, d'où l'expression *judex veli*, κριτὴς τοῦ βήλου, qu'on trouve maintes fois dans les auteurs byzantins. Près du juge pénètrent seulement les parties, les *officiales* employés au débat en cours, — ceux-ci introduisant celles-là, — et par privilège les *Honorati* : ... *Intra januas*, écrivait Salvien (4), ... *non omnes passim intrare praesumunt, nisi quos aut judex vocaverit aut negotium traxerit aut ipsa honoris proprii dignitas introire permiserit*. Entre la porte d'entrée barrée par des *cancelli* et la partie du local où siège le tribunal se tiennent les *officiales* qui ne sont pas employés dans l'instance, c'est-à-dire la *turba satellitum exclusa velis, inclusa cancellis* (5).

Ces détails connus, on aperçoit tout de suite la signification du passage de la *Meditatio* cité plus haut : ne pas même permettre d'approcher de la porte du tribunal, signifie refuser de laisser introduire l'instance.

(1) Zachariae, *op. cit.*, p. 394 : Auch im uebrigen hat der Civilprocess im byzantinischen Reiche die Gestaltung behalten, die ihn im Justinianischen Rechte charakterisiert.

(2) Cf. Lydus, *De magistratibus populi Romani*, III, 11 : ... τοῦ τῆς δικῆς ἱεροῦ (templum justitiae) ὁ καλεῖται σέκρητον, οἱονεὶ ἀτάραχον καὶ σιγῇ σεμνόν... Cf. *Glossae nomicae* : Σέκρετον, δικαστήριον (dans le *Trésor d'Otto*. III, p. 1799).

(3) V. *infrà*, p. 336, n. 2.

(4) *De gubernatione Dei et de justo praesentique ejus judicio libri VIII*, III, 46, éd. Halm (*Monum. Germ. hist. auct. ant.*, I), p. 33.

(5) Sid. Apollinaire, *Epist.*, I, 2, édit. Ch. Lvetjohann (*Monum. Germ. hist. auct. antiq.*, VIII), p. 3.

Mais le juge avait-il ce pouvoir de *denegatio?* Dans certains cas, oui, assurément.

On sait comment s'engage le procès au temps de Justinien (1), et, après lui, pendant toute la durée de la période byzantine. L'*actor* présente au juge le *libellus conventionis* (2) (τὸ τῆς αἰτιάσεως βιβλίον, τὸ τῆς ὑπομνήσεως βιβλίον). Ce libelle contient une indication de la demande, brève, il est vrai, mais telle cependant que le *reus* sache bien, en venant au tribunal, de quoi il s'agit (3). Il est souscrit par l'*actor* ou par des *tabularii* si l'actor ne sait écrire (4). L'actor doit aussi donner *cautio* (ἀσφάλεια) qu'il restituera au double les frais, s'il ne procède pas à la *litis contestatio* (προκάταρξις) dans les deux mois et ne continue pas le procès jusqu'au jugement (5). Il donne aussi caution qu'il payera tous les frais du procès (6). Le juge rend alors un jugement interlocutoire (*sententia, interlocutio*, διαλαλία) qui admet l'action ou la rejette. Cet interlocutoire est rendu sans examen de l'affaire, au moins en général, mais il va sans dire que le juge ne rejette la demande (*denegatio*) que si les causes de rejet sont incontestables : par exemple, l'action est annale et l'année est expirée, ou encore l'action ne se donne pas contre les héritiers et ce sont les héritiers qui sont poursuivis. Le juge admet-il la demande, alors il ordonne la citation du *reus* (*admonitio*, ὑπόμνησις). A cet effet, un agent du tribunal (*executor*, ἐκβιβαστής) fait connaître

(1) Bethmann-Hollveg, *Der römiche Civilprocess*, III, p. 233 sq.

(2) Cf. *suprà*, p. 317, n. 6.

(3) Cf. *Libel. de actionibus :* Ἐν τῷ διαπέμπεσθαι βιβλίον ἀνάγκη ὁρίζεσθαι τὴν ἀγωγήν, G. Heimbach, *Observationum juris graeco-romani liber primus*, 1830, p. 51

(4) Nov. 112, ch. 2. Cf. *Bas.*, VII, 4, 2.

(5) Nov. 112, ch. II; *Bas.*, VII, 4, 2; Nov. 53, ch. I, et *Bas.*, VII, 12, 7.

(6) Une Novelle de Constantin Porphyrogénète, rendue de 945 à 959 (V. Zach., *J. G. R.*, III, p. 260), porte que le *reus* ne sera traîné en justice que si l'*actor* a promis qu'il poursuivrait l'instance lui-même ou par procuration légitime, et, en cas d'injuste poursuite, il devra payer la dixième partie de l'intérêt du litige engagé.

au *reus* libelle et *admonitio*, et en reçoit les sportules, le *libellus contradictionis* (qu'il fait insinuer avec le *libellus conventionis*) et la caution de comparaître et défendre (1). Il doit y avoir un délai d'au moins vingt jours entre la citation et l'ouverture des débats (2). Une fois devant le juge, l'actor expose pleinement sa demande (*narratio*), le *reus* répond de la même façon : Le *status controversiae* est ainsi établi : c'est la *litis contestatio*.

De cette procédure nous retenons ceci : le juge peut refuser d'admettre la demande, si la raison du refus saute aux yeux. Or, ce serait précisément le cas dans l'hypothèse prévue au titre VII, § 18 de la *Meditatio;* car, observe notre auteur, il faut être bien ignorant des choses du droit pour croire que, dans cette hypothèse, une action peut naître en augmentation du prix.

°°°

La solution du litige est impliquée dans tout ce qui a été déjà dit.

Le monastère a presté, jusqu'au moment de la nouvelle convention, les charges qu'il avait assumées au moment de la convention antérieure, celle que le versement de la première somme avait transformée en contrat innommé. Non seulement les choses ne sont plus entières, mais d'un côté il y a eu exécution complète, et de l'autre exécution partielle. On ne peut donc même plus songer à étendre et à utiliser le tempérament assez peu logique proposé par Ariston pour les contrats consensuels (3). On ne le peut plus, parce que le retour à l'état des choses, tel qu'il était au moment de la formation du contrat, n'est plus du tout possible. Le protospathaire a habité le monastère pendant des années sans avoir été

(1) Cf. Zachariae von Lingenthal, *Gesch. de G. R. R.*³, p. 393, n. 1432.
(2) Nov. LIII, ch. III; *Bas.*, VII, 12, 7 (Heimbach, I, p. 300).
(3) V. *Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 496.

contraint à la tonsure. Quant à cette prestation du monastère, on ne conçoit pas un rétablissement de l'état antérieur. Et même on ne le conçoit pas aisément, après des années, en ce qui concerne la prestation successive des annones et des *rogae*.

C'est tout cela que pense notre auteur et qu'il explique au titre VIII de la *Meditatio*. Pour se faire mieux comprendre il distingue suivant que le second arrangement serait intervenu avant ou après l'exécution du premier.

Quand le pacte postérieur a été conclu avant le versement de l'or d'abord promis, il se substitue au premier pacte. S'il a été conclu après le versement et avant l'entrée au monastère, il ne sera pas non plus sans effet. On admettra même qu'il produira encore effet, s'il est intervenu après l'entrée au monastère et si les distributions promises n'ont pas encore commencé. Pour ces hypothèses, notre auteur appliquant, bon gré mal gré, les idées d'Ariston et d'Ulpien exposées plus haut, arrivait aux solutions suivantes :

a) Si les moines agissent pour obtenir le supplément promis, ils seront reçus dans leur action. Notre auteur voit, sans doute, dans le pacte augmentatif un *contrarius consensus* par l'effet duquel un nouveau contrat a remplacé l'ancien. Que son raisonnement boite quelque peu, rien de plus évident, puisque le contrat innommé est un contrat réel et non un contrat consensuel. Mais à notre époque, et surtout quand il s'agit d'une convention écrite (1), on n'y regarde plus d'aussi près.

b) Si le protospathaire, ayant fait le premier versement et non le second, actionne les moines soit parce qu'il veut tout de même entrer au monastère, soit parce que, y étant entré, il prétend recevoir, en dépit des moines, sa part des distributions, son action, — le texte est formel, — ne peut se fonder que sur le premier arran-

1) V. *suprà*, p. 318, n. 4.

gement, ἐκ τῶν προγεγονότων συμφώνων; le second pacte, en effet, apparaît alors comme un pacte diminutif. C'est en réalité un pacte diminutif pour le défendeur, puisque, laissant les obligations de celui-ci telles qu'elles étaient antérieurement, il a augmenté les charges du protospathaire. En conséquence on rattachera l'effet du mutuel dissentiment à ceux de l'*exceptio pacti* : les moines auront pour repousser l'action du protospathaire simplement une exception, παραγραφὴ ἀντέκειτο τῷ ἐνάγοντι (1).

⁂

Notre auteur n'a discuté les deux hypothèses précédentes que pour mieux faire ressortir leur opposition avec les arrangements effectivement conclus.

Le contrat innommé était depuis longtemps en pleine exécution, pendant des années les prestations convenues avaient été exécutées, quand intervint le pacte *ex intervallo* modificatif. Ce pacte ne peut donc produire aucun effet spécial. C'est un pacte nu de la première catégorie, un pacte qu'aucune action ne sanctionne.

Mais notre auteur ajoute que ce pacte ne fournira même pas une exception, « car toutes les conventions ont été menées à bonne fin » (2). Que veut dire cela? tout pacte ne fournit-il pas au moins une exception?

Si l'on admettait que le contrat innommé intervenu entre les moines et le protospathaire était fait avec délai préfixe, et que le pacte a été conclu après l'expiration du délai, le langage de notre auteur cesserait d'être embarrassant : le sens serait que là où l'action manque l'exception est inutile. Mais alors c'est l'ensemble du texte qui, on l'a déjà remarqué, devient inintelligible. A quoi bon ces longues discussions préliminaires sur le *contrarius*

(1) VIII, pr.

(2) VIII, 2 : ἐπεὶ δὲ πάντων τῶν συμπεφωνημένων ἤδη προβεβηκότων τε καὶ τετελεσμένων...

consensus, sur la division des pactes? pourquoi ce dernier exemple des acheteurs de chevaux et de mules, si dans la question à trancher n'intervenaient ni le *contrarius consensus*, ni la distinction des pactes? Pourquoi parler d'opinions que tous ne partagent pas, de contradictions éventuelles, s'il ne s'agit que de montrer l'effet d'un pacte relatif à un contrat, alors que ce contrat était déjà entièrement exécuté? N'est-il pas certain que sur l'effet d'un tel pacte il n'y a pas de controverse possible?

Nous sommes donc contraints de rejeter l'hypothèse d'un délai fixé pour l'exécution du premier arrangement. Et, cela fait, la difficulté signalée subsiste entière : pourquoi le pacte adjoint *ex intervallo* ne fournira-t-il pas une exception?

L'auteur de la *Meditatio* ne veut évidemment pas nier la vieille règle prétorienne qu'il a lui-même proclamée, la règle qui attache au pacte une exception. Sa pensée beaucoup plus orthodoxe est, sans doute, que le pacte *ex intervallo* fait entre les moines et le protospathaire ne pourra être opposé *ad augendam obligationem* et n'engendrera pas au profit des moines une exception qui puisse avoir un tel effet. Supposons, pour fixer les idées, que le premier versement ait été de 100. On est convenu, par pacte postérieur, d'une augmentation de 50. Le protospathaire qui sait qu'il n'est pas, en droit, obligé à payer, n'a pas versé les 50 et pourtant il réclame les prestations à lui dues en vertu du premier engagement, lequel est sanctionné par l'action *praescriptis verbis* (1). Le monastère ne pourra pas, faisant valoir une exception tirée du pacte postérieur, opposer qu'il n'a pas reçu les 50 de supplément.

Veut-on une autre application de la pensée de notre auteur? Supposons que le protospathaire avait chargé

(1) VII, 3, *in fine*.

un tiers de verser les 100 promis lors du premier arrangement. Croyant que le tiers a seulement versé 50, notre protospathaire verse, par erreur, encore 50. Il aura la *condictio indebiti*, sans que le monastère puisse lui opposer l'exception tirée de la seconde convention (1). Accorder l'exception serait violer indirectement la règle : *Ex nudo pacto actio non oritur*.

⁂

Nous connaissons l'objet du procès, mais nous ignorons quel fut le jugement. Une raison de croire pourtant que le jugement fut conforme à la doctrine soutenue par notre auteur, c'est le succès que paraît avoir eu, dans le monde byzantin, la *Meditatio*, succès dont témoigne le fait qu'elle est parvenue jusqu'à nous. On n'eût pas conservé aussi soigneusement l'exposé d'une doctrine rejetée par la jurisprudence.

Peut-on savoir, au moins, quelles étaient les parties litigantes?

Notre texte est muet. Mais, si l'on admet avec nous que le tribunal saisi fut le tribunal impérial et qu'il a jugé sur évocation en première et dernière instance (2), on inclinera à penser que les parties étaient domiciliées à Constantinople ou dans les environs. Il est probable, en effet, que, vivant loin de la capitale, les litigants eussent hésité, devant les longueurs de temps et les frais de déplacement et autres, à réclamer la juridiction du plus haut tribunal de l'Empire. Toutefois reconnaissons que l'argument aurait plus de force si l'on savait quel était l'intérêt en jeu, et cela nous ne le savons pas.

Dire quel était le monastère demandeur, quel était le protospathaire défendeur, nous semble également

(1) Cf. Accarias, *Précis*, II[4], p. 394 et 382; Girard, *Précis*[4], p. 600, n. 2.

(2) V. *infrà*, p. 338.

impossible. Encore ici il faut se résigner à pratiquer l'*ars ignorandi*.

Les monastères, à Constantinople et dans les environs, étaient fort nombreux, et les protospathaires n'étaient pas rares partout ailleurs que dans les rangs du clergé. Donc nul moyen de hasarder une conjecture.

Au contraire, il nous paraît que l'on peut, par la méthode d'élimination, arriver à connaître le tribunal saisi.

Nous lisons dans la *Meditatio* (1) que son auteur a parlé devant le συνέδριον. Quel συνέδριον? Le mot grec est imprécis. Il signifie une assemblée, soit un tribunal, soit un congrès ou toute autre assemblée délibérante. Aujourd'hui, les Grecs appellent συνέδριον τῶν βουλευτῶν notre Chambre des députés (2). Dans notre texte, le mot peut signifier ou une réunion d'élèves et de professeurs en droit, ou une réunion de juges. Nous avons établi que de ces deux significations la première est à rejeter. Il reste la seconde : le συνέδριον est un tribunal.

Le point est de savoir quels sont les συνεδριάζοντες. Sont-ce des juges de province ou des juges de la capitale, des juges laïques ou des juges d'église, des juges ordinaires ou des juges délégués?

Zachariae von Lingenthal n'éprouve aucune hésitation. Il écrit que la *Meditatio* est le *votum* d'un juge assesseur d'un tribunal de Constantinople (3). Biener, dans son *Histoire des Novelles*, avait déjà, mais non pas sans hésiter, proposé cette manière de voir (4). Mortreuil partageait l'avis de Biener (5). Il nous semble que ces savants, bien qu'ils n'aient pas justifié leur

(1) VI, 29.

(2) Ils appellent aussi la cour des comptes τὸ Ἐλεγκτικὸν Συνέδριον. Cf. Hépitès, *Dictionnaire grec-français*, Athènes, 1910, v° συνέδριον.

(3) *Gesch. de G. R. R.*³, p. 296.

(4) *Op. cit.*, p. 146.

(5) *Op. cit.*, II, p. 138 et 470.

opinion, étaient dans le vrai. Une raison pressante de décider comme eux résulte de ceci que le principal contradicteur de l'auteur de la *Meditatio* est un homme illustre, un philosophe parvenu au faîte des honneurs (1), qui parle haut et fait presque figure de législateur (2). Un tel personnage ne peut évidemment siéger que dans un tribunal de la capitale ; ajoutons qu'il ne peut appartenir qu'à un tribunal de l'ordre le plus élevé.

Il faut donc écarter les petits tribunaux de Constantinople, tels que le tribunal du *Praetor plebis* (3), le tribunal du parathalassite (4), les tribunaux des *Judices regionum* (5). Parmi les tribunaux plus importants, il en est aussi quelques-uns auxquels on ne peut pas penser pour des raisons qui varient avec chacun d'eux. Si, comme nous le croyons, la *Meditatio de nudis pactis* date du milieu du XI[e] siècle, le tribunal du questeur n'a pu être saisi, car il serait incompétent (6), ni le tribunal du Drougaire, car il n'existe guère encore (7), ni le tribunal du *protasecretis*, qui apparaît surtout sous Alexis I[er] Comnène (8), ni celui du dikaiodote créé encore plus tard sous Manuel Comnène (9), ni le tri-

(1) VI, 4.
(2) III, 2.
(3) Nov. Just., XIII, 3 ; *Bas.*, VI, 5, 4.
(4) Πεῖρα, LI, 29. Ce texte est remarquable par les renseignements qu'il donne sur l'organisation judiciaire au XI[e] siècle. Cf. Bury, *The imperial administrative system in the ninth century*, Londres, 1911, p. 73.
(5) Ce sont des juges de quartiers.
(6) Lire dans Zachariae, *Gesch. des G. R. R.*[3], p. 369, la liste des affaires pour lesquelles le questeur est compétent. Cette liste doit être complétée. V. Nissen, *op. cit.*, p. 51. Il n'est pas en outre exact d'écrire, comme fait Zachariae, *loc. cit.*, que le tribunal du questeur n'est plus mentionné dans la seconde moitié du XI[e] siècle. Il est question notamment de la jurisprudence de ce tribunal dans la *Synopsis* de Michel Attaleiate. V. Leunel., II, 53 (*J. G. R.*, II, p. 47), et dans l'édition de la *Themis de Sgouta*, XXXIV, 9 ; Θέμις VIII, 1861, p. 108.
(7) V. *J. G. R.* de Zach., III, p. 350.
(8) Zach., *Gesch. des G. R. R.*[3], p. 377.
(9) V. *infrà*, p. 326, n. 4.

bunal de l'Éparque réduit à juger les procès des gens de métier (1).

Un tribunal civil (σέκρετον δικῶν ἰδιωτικῶν) avec, pour président, l'ἐπὶ τῶν κρίσεων, a été créé ou réorganisé par Constantin Monomaque. Ce tribunal se composait de douze juges (2), qui étaient les lointains successeurs des douze juges commissaires délégués (θεῖοι δικασταί) dont parle Justinien dans la Novelle 82. Comme ils furent longtemps les subordonnés de l'Éparque (3), on les appela τῶν ἐπαρχῶν δικασταί (4); comme ils siégeaient à l'Hippodrome, on les appela aussi *judices Hippodromi*. La relation entre les juges de l'Hippodrome et les *judices divini* est nettement indiquée par un scholiaste récent des Basiliques : τῶν θεῖων δικαστῶν ... ἤτοί τῶν τοῦ ἱπποδρόμου κριτῶν (5). Toutefois, même après les substantielles notes de Zachariae sur l'histoire des *divini judices* (6), il reste bien des obscurités. Dans la Πεῖρα, nous trouvons six de ces juges : c'est le tribunal de l'Hippodrome présidé par le magister Eusthate Romain (7). Que sont devenus les six autres? Fischer estime qu'ils forment, sous le nom de *judices veli*, un autre

(1) Πεῖρα, LI, 29 : οἱ δὲ τῶν τεχνῶν (ὑπόκεινται τῷ ἐπάρχῳ). — D'ailleurs, si l'éparque avait eu ici quelque juridiction, Michel Attaleiates, dans l'acte de fondation de son monastère (V. Sathas, *op. cit.*, p. 35, *in fine*, et Miklosich et Müller, *op. cit.*, V, p. 315), n'eût pas chargé l'éparque de la ville d'assister les moines dans les procès que ceux-ci pourraient avoir.

(2) Balsamon, dans sa *Méditation sur le Chartophylax et le Protecdicus* (V. Leunclavii *J. G. R.*, p. 459) et le Σύνταγμα de Rhalli et Potli, IV, p. 536), écrit : ἡ δωδεκὰς τῶν τοῦ βήλου [καὶ] τοῦ ἱπποδρόμου κριτῶν.

(3) Au lieu de deux préfets (préfet du prétoire, préfet de la ville), il n'y a plus qu'un seul préfet, qui cédera ensuite la place au drongaire de la veille (δρουγγάριος τῆς βίγλας). Cf. Bury, *op. cit.*, p. 69.

(4) V. *infrà*, p. 336, n. 2.

(5) *Bas.*, I, p. 242, sch. ϛρα.

(6) Cf. *Gesch. d. G. R. R.*[3], p. 260, n. 1272; p. 361, n. 1273-1277; p. 375, n. 1352 et sq. Cf. W. Nissen, *op. cit.*, p. 50.

(7) XV, 9 : ... τοῦτο ἐκρίθη ἐν τῷ ἱπποδρόμῳ παρὰ τοῦ μαγίστρου καὶ τῶν ἐκκρίτων. Zachariae a proposé très justement de lire ϛ´ κριτῶν au lieu de ἐκκρίτων, *J. G. R.*, I, p. 44, n. 5.

tribunal (1). Toutes les raisons données par Fischer ne sont pas convaincantes, mais sa manière de voir nous paraît exacte. Elle explique notamment que Psellus ait pu procurer à Elpidius, fiancé de sa fille adoptive, d'abord une place de juge à l'Hippodrome, ensuite une place de juge du voile (2). Il est d'ailleurs probable que plus d'une fois les empereurs fondirent en un seul les deux tribunaux; les juges s'appelaient alors : κριταὶ τοῦ βήλου καὶ ἐπὶ τοῦ ἱπποδρόμου (3).

C'est une mesure de ce genre que prit Constantin Monomaque, si le récit de Michel Attaleiates est exact. En 1045, sans doute peu après la fondation de l'École de droit et à l'instigation de Xiphilin, le nouveau directeur de l'École, Constantin Monomaque créa un tribunal des affaires civiles (4). Un des juges devint président sous

(1) *Studien zur byzantinischen Geschichte des elften Jahrhunderts* Plauen in V., 1883, p. 8, n. 5. Observons encore : 1) que tant le juge du voile que le juge de l'Hippodrome pouvait cumuler sa fonction avec un autre; 2) que s'il était envoyé comme juge d'un thème, en province, il ajoutait son ancien titre au nouveau. V. Schumberger, *Sigillographie*, p. 520-525.

(2) V. Sathas, *Bibliotheca graeca medii aevi*, V, p. 205 et 206 *in fine*.

(3) Du Cange, *Glossarium ad scriptores mediae et infimae Graecitatis*, v° κριτής, cite, d'après l'Anonyme de Bari, à la date de 1032 (sous Romain Argyre), un *Michel Protospatha criti tuBilu ke tu Yppodromu*. Manuel Comnène, par une Novelle de 1166, ch. IX (Leuncl., *J. G. R.*, p. 186. C. Labbe, *Novellae constitutiones graeco-latinae*, Paris, 1606, p. 113), distribua les *judices urbani* (πολιτικοὶ δικασταί) en quatre tribunaux ou sections, respectivement présidés par l'auguste grand Drungaire (πανσέβαστος σεβαστός καὶ μέγας δρουγγάριος), le président des *judicia* administratifs (προκαθήμενος τῶν δημοσιακῶν δικαστηριῶ)ν, le premier secrétaire (ὁ πρωτος ἀσηκρήτης), le *juridicus* (ὁ δικαιοδότης). Il est permis de penser avec Zachariae, *Gesch. des G. R. R.*³, p. 375, n. 1352, mais non pas d'affirmer avec Mortreuil, *op. cit.*, III, p. 87 et Chalandon, *Jean II Comnène et Manuel I Comnène*, Paris, 1912, p. 629, qu'il s'agit là d'une nouvelle répartition des juges du voile et de l'Hippodrome, cette fois, en quatre tribunaux, avec une compétence qu'on peut à peu près fixer pour le tribunal des *judicia* administratifs, mais non pour les autres.

(4) Fischer, *op. cit.*, p. 18, n. 5, *in fine* : Dieser neue Gerichtshof ist gewiss auch erst etwas später als die Rechtsschule gegründet worden, vielleicht wohl gar erst auf Veranlassung des neuen Nomophylax.

le nom d'ἐπὶ τῶν κρίσεων (*praefectus judiciorum*) (1). Les juges du tribunal étaient non seulement chargés de rendre des jugements, mais de rédiger certaines pièces de procédure et d'en conserver la copie. Voici, au reste, le texte de Michel Attaleiates : Ἐκαίνισε δέ (sc. Constantinus Monomachus) καὶ σέκρετον δικῶν ἰδιωτικῶν, ἐπὶ τῶν κρίσεων καλέσας τὸν τούτου προέχοντα. Ἐν τούτῳ οἱ τῶν ἐπαρχῶν δικασταὶ καὶ συντάττουσι τὰ ποιητέα ἐγγράφως καὶ τὰ τῶν σχεδαρίων ἐναποτιθέασιν ἴσα δι' ὑποψίας ἀπαλλαγήν (2).

Est-ce le tribunal dont il vient d'être question qui a jugé notre affaire ?

L'hésitation pourrait venir de ce fait que notre tribunal a une importance beaucoup plus grande que les deux tribunaux dont il a été formé (3), et que, selon toute vraisemblance, il ne juge pas *ex delegatione*, mais jouit d'une juridiction propre (4). Cependant, tout bien pesé, nous croyons qu'il faut répondre non. Dans un texte publié par Angelo Maï et reproduit par Zachariae (5), on trouve un ordre hiérarchique établi entre divers fonctionnaires, or l'ἐπὶ τῶν κρίσεων vient le dernier, bien après le logothète du drome, l'ἐπὶ τοῦ κανικλείου, l'Eparque, etc. Le moyen de croire que notre ἐπὶ τῶν κρίσεων ait dans son tribunal, parmi les juges qu'il préside, hiérarchiquement au-dessous de lui, un homme parvenu au faîte des honneurs (6), c'est-à-dire un membre du Gouvernement!

(1) Michel Attaleiates, dans sa *Diataxis*, V. Sathas, *Bibl. graeca*, I, p. 44, se déclare : πρόεδρος κριτὴς ἐπὶ τοῦ ἱπποδρόμου καὶ τοῦ βήλου.

(2) *Michaelis Attaliotae Historia*, Bonn, 1853, p. 21. Le texte et la traduction latine de l'éditeur Brunet de Presle laissent ici à désirer. Nous avons, corrigeant le texte, comme l'a fait Zachariae, *Gesch. des G. R. R.*[3], n. 1347, écrit σέκρετον au lieu de δέκρετον et ἐπάρχων au lieu de ἐπαρχίων. Cf. Leunclavius, *J. G. R.*, I, p. 471.

(3) Eclaga, *Bas.*, IX, 1 : οἱ μεγάλοι δικασταὶ ὡς... ὁ ἐπὶ τῶν κρίσεων.

(4) Cf. *Gesch. des G. R. R.*[3], p. 361.

(5) *Gesch. des G. R. R.*[3], A. 1273.

(6) VI, 4.

⁂

Ce n'est pas une cour d'église qui est saisie de notre procès.

Si le tribunal était composé de juges ecclésiastiques, une allusion serait faite, ici ou là, dans notre texte, au caractère sacré dont les juges seraient revêtus. En outre, le juge « parvenu au faîte des honneurs » serait alors le patriarche; il présiderait le tribunal, et sûrement l'auteur de la *Meditatio* ne l'apostropherait pas dans les termes que l'on sait. Enfin on ne voit pas pourquoi, dans une affaire surtout pécuniaire, — le monastère réclame de l'argent — on aurait cessé d'appliquer la vieille règle : *actor sequitur forum rei*. Le protospathaire n'est ni prêtre, ni moine, il prétend rester dans le siècle, il doit donc être poursuivi devant un tribunal laïque. C'est ce que confirme pleinement une constitution rendue au mois de juillet, quatrième indiction, de l'an de la création du monde 6589 (1). Cette constitution est d'Alexis Ier Comnène, et elle a été promulguée moins de trente ans après la mort de Constantin Monomaque. Elle contient les dispositions suivantes (2) : « Si les litigants ne s'entendent pas et que l'un soit laïque, l'autre clerc, le demandeur sera, sans aucun doute, soumis au *forum* du défendeur (3), et tous deux comparaîtront devant le tribunal compétent ». Il est clair que jusqu'ici Alexis n'établit aucune règle nouvelle; il n'innove pas davantage quand

(1) Donc de l'an 1081, p. Chr.

(2) Le texte est rapporté par Balsamon, *Ad Photh. Nomoc.*, IX, 1. V. Σύνταγμα τῶν θείων καὶ ἱερῶν κανόνων de Rhalli et Potli, I, p. 165, et d'après Balsamon, dans le *Syntagma* de M. Blastarès (Ralli et Potli, *op. cit.*, VI, p. 219), et dans le *Prochirum auctum*, 40, 7, *J. G. R.*, de Zachariae, VI, p. 377. Cf. Leuncl., *J. G. R.*, I, p. 139; Zach., *J. G. R.*, III, p. 341.

(3) Ὁ ἐνάγων τηνικαῦτα τῷ φόρῳ τοῦ ἐναγομένου ἐξ ἅπαντος ὑποκείσεται.

il ajoute : « A moins que l'un des litigants ne réclame le tribunal impérial, auquel cas, tout débat cessant (1), la Majesté impériale examinera l'action et tranchera le litige » (2).

La constitution d'Alexis I[er], en même temps qu'elle nous autorise à soutenir que le monastère a porté son action devant un juge laïque, nous permet de penser que l'affaire avait été, sur la demande d'une des parties, évoquée devant le tribunal impérial et jugée par lui. Comme il s'agit d'une évocation, on s'explique pourquoi l'auteur de la *Meditatio* ne fait aucune allusion à une décision antérieure. Il y aurait, il est vrai, une autre explication, ce serait de dire que le monastère jouissait du privilège d'être actionné seulement devant le tribunal impérial. Précisément, nous savons que Constantin Monomaque avait concédé, en 1045, un tel privilège au monastère de Sainte-Marie — la *Neamoni* — de l'île de Chio (3). Mais cette explication nous paraît moins bonne que la première : elle suppose l'application d'un privilège et non du droit commun. Or notre texte ne fait pas plus d'allusion à l'exercice d'un privilège qu'à l'existence d'un jugement en premier ressort.

Le jugement a donc été rendu en premier et dernier

(1) Sous-entendez : devant le tribunal qui a été saisi.

(2) La Novelle d'Alexis ne parle que des *clerici*, mais, outre que beaucoup de moines étaient prêtres, que l'higoumène l'était presque nécessairement, puisqu'il devait confesser ses moines (Cf. Goar, *Euchologium*, p. 491 et 109), des raisons évidentes nous invitent à appliquer ici ce qu'écrit Balsamon sur le canon 34 du concile de Carthage : τῷ ὀνόματι τῶν κληρικῶν *καί* οἱ μονάχοὶ περιέχονται. V. Ralli et Potli, *op. cit.*, t. III, p. 386. Au reste, en Occident, au moins jusqu'à Charlemagne, on entend par clercs les moines comme les ecclésiastiques. V. Thomassin, *Ancienne et nouvelle discipline de l'Église*, éd. André, 1864, II, p. 506.

(3) La Constitution de Constantin Monomaque a été insérée par Miklosich et Müller dans les *Acta*, V, p. 2-4. Sur le monastère de Neamoni et ses privilèges, V. le *Mémoire sur l'île de Chio* de Fustel de Coulanges, Archives des missions scientifiques et littéraires, Paris, 1856, p. 481, 576 sq., et le Recueil de pièces publiées, en 1865, à Chio, par le cathégoumène Grégoire Photeinos, sous le titre . τὰ Νεαμονήσια.

ressort par le plus haut tribunal de l'Empire (1), tribunal présidé par l'Empereur lui-même (2) (ou, à son défaut, au XI[e] siècle (3), par le Drongaire de la veille), et composé des plus hauts fonctionnaires et dignitaires (4). L'adversaire de notre auteur y avait donc naturellement sa place, et si notre auteur y siège aussi, c'est que lui aussi occupe une haute situation.

Le tribunal impérial était d'autant mieux désigné pour juger notre procès que dans cette Cour suprême ne manquaient ni les protospathaires (5), ni les dignitaires ecclésiastiques (6). Et comme, en l'espèce, l'Empereur n'avait point présidé son tribunal — sans quoi notre auteur eût sans doute atténué la vivacité de ses reproches et son contradicteur l'insolence de ses moqueries — le jugement rendu ne fut exécutoire qu'après l'approbation impériale (7).

⁂

Peut-être n'est-il pas inopportun de faire remarquer, que la règle coutumière confirmée par Alexis I[er], — règle autorisant toute personne appelée en justice à demander, dans les conditions sus-indiquées, d'être traduite devant le tribunal impérial, — fut abrogée au XII[e] siècle (8)

(1) Blastar. *Syntagma* (Ralli et Potli, VI, p. 218) : τὸ αὐτοκρατορικὸν καὶ βασιλικὸν κριτήριον ἐκκλήτῳ οὐχ ὑποκεῖται.

(2) Ex. : Πεῖρα, XV, 4; XVII, 19, etc.

(3) V. Zach., *Gesch. d. G. R. R.*[3], p. 357.

(4) Zach., *op. cit.*, note 1256.

(5) V. Πεῖρα, XXV, 3.

(6) Cf. Balsamon, *Ad Nomoc. Photii*, VIII, 13 (Ralli et Potli, I, p. 159) : Διάκονος δέ τις... εἶπεν ἐπὶ βασιλικοῦ βήματος, παρόντος καὶ τοῦ πατριάρχου, κ. τ. λ. V. aussi *J. G. R.*, III, p. 514.

(7) Ex., *Bas.*, LX, 37, sch. : τοῦ Ῥωμανοῦ (Heimb., V, p. 756) : ἀνήνεγκε τὴν ἀπόφασιν τῷ βασιλεῖ κυρῷ Ῥωμανῷ καὶ ἐδέχθη. Cf. Πεῖρα, XLIX, 26, τὸν βασιλέα ἐπικυροῦντα τὴν... ἀπόφασιν.

(8) Ralli et Potli, *op. cit.*, I, p. 166; Voell et Iustell, *Bibliotheca juris canonici veteris*, Paris, 1761, II, 964 : ἐσχόλασεν ἀπὸ μεταγενεστέρας προσ-

par Alexis I[er] Comnène en 1110 (1). De la constitution rendue par ce prince, le préambule a été publié par C. Witte dans les *Anecdota* d'Heimbach (2) d'après un *Codex Bienerianus* et le *Codex Parisiensis* 1351. Quant à la partie dispositive reproduite par Balsamon, elle était depuis longtemps connue et avait été publiée dans le *Jus Orientale* de Bonnefoi (3), dans l'appendice à la *Synopsis* de Leunclavius et dans le *Jus Græco-romanum* du même Leunclavius (4).

Voici la traduction de ce texte :

« Importunée par plusieurs, Ma Majesté a appris que la plupart de ceux qui sont assignés en justice mettent toute leur industrie à vexer leurs adversaires et qu'artificieusement ils ont trouvé ce procédé : Lorsqu'ils sont appelés devant les tribunaux et qu'ils ont reçu les libelles concernant les actions intentées (5), ils tentent de fuir le combat judiciaire en venant trouver Ma Majesté et en obtenant de ma toute puissance des rescrits (λύσεις) par lesquels il est ordonné à l'Acolouthos (6) de les tra-

τάξεως τοῦ αὐτοῦ βασιλέως κυροῦ Ἀλεξίου τοῦ Κομνηνοῦ (suit la constitution traduite au texte).

(1) Cette Novelle est, dans la collection des Novelles de Zachariae, *J. G. R.*, III, p. 498-500, datée de 1170 et mise sous le nom de Manuel Comnène; mais les raisons données par Zachariae, *op. cit.*, p. 498, n. 1, sont faibles. L'attribution à Alexis I[er] se fonde sur une déclaration formelle de Balsamon, *Ad Nom. Phot.*, IX, 1; V. *suprà*, p. 339, n. 8. Elle a été communément admise : V. Leunclavius, dans le Supplément de sa *Synopsis*, p. 72, et dans son *J. G. R.*, I, p. 139 et II, p. 184; Mortreuil, *op. cit.*, III, p. 161. D'ailleurs, Zachariae est depuis revenu à l'opinion commune, V. *Gesch. d. G. R. R.*[3], p. 33, n. 29; 356, n. 1251; 377, n. 1363, mû surtout par cette considération qu'un texte de l'*Ecloga lib.* I — X *Basilicorum* 11, 3, rédigé sous Jean Comnène, fait une allusion certaine à notre constitution.

(2) II, p. 284.

(3) *Jus orientale*, p. 76-77.

(4) V. *suprà*, n. 1.

(5) ἑλκόμενοι γὰρ ἐπὶ τὰ δικαστήρια κἀκεῖθεν λιβέλλους ἐπὶ ταῖς κινουμέναις δίκαις λαμβάνοντες.

(6) D'après Witte, *op. cit.*, p. 285, n. 7, qui cite le glossaire de Du Fresne *h. v.*, p. 41, il s'agit ici du *Praepositus sacri Cubiculi.* A notre époque le titre d'ἀκόλουθος désigne d'ordinaire le chef de la garde Varangienne.

duire avec leurs adversaires devant le tribunal de Ma Majesté. Là, procédant par retards nombreux, ils vexent inutilement et longtemps leurs adversaires.

» Afin que cela ne se produise plus et que, à cause de cette méthode perverse, les instances ne soient pas faussées par ces artisans de fourberie, Ma Majesté ordonne à vous tous présidents des tribunaux de ne pas tenir compte d'un rescrit défendant à un juge quelconque de connaître de l'affaire dont il est saisi, même si le rescrit est souscrit au cinabre et porte le sceau de cire. Toutefois, après l'*oblatio libelli*, si dans les vingt jours de la délibération le défendeur a impétré de Notre Majesté un rescrit par lequel un autre juge est adjoint à celui auquel la cause a d'abord été déférée, que les juges constitués s'assemblent et donnent aux débats une solution légale. Si les vingt jours sont écoulés sans admission d'un autre co-juge, alors, comme il est légal, et sans qu'on puisse prétexter que peut-être l'affaire pourra être plus tard tranchée au tribunal impérial, qu'il n'y ait aucun empêchement à la *cognitio*, et que le premier juge saisi décide suivant la subtilité du droit, le tribunal d'appel n'étant aucunement fermé à celui qui se croira lésé. Vous donc, les juges ainsi informés, hâtez-vous d'examiner les affaires qui vous sont déférées et de leur donner une fin légale, car Ma Majesté ne veut pas que désormais l'examen d'une affaire soit empêché par un rescrit postérieur impératif, quel qu'il soit, évoquant l'affaire au tribunal impérial; mais que le procès se déroule sans retardement et s'achève devant le juge ou devant les co-juges adjoints, comme il a été dit plus haut, dans les vingt jours de la délibération. Une fois le procès fini, celui qui se croit lésé aura la faculté de faire appel devant un autre tribunal ou de solliciter une audience impériale ».

Comme le fait justement remarquer Balsamon (1), l'or-

(1) V. *suprà*, p. 339, n. 8.

donnance qu'on vient de rapporter a pour objet d'abroger le chrysobulle d'Alexis Ier de 1081. Autant que le préambule de cette ordonnance, le bon sens avertit, en effet, que la règle coutumière confirmée en 1081 par Alexis avait dû causer de grands retards et donner naissance à de criants abus dans l'administration de la justice. Désormais le tribunal saisi ne pourra plus être dessaisi, quoi qu'il arrive, si ce n'est par la sentence qu'il aura rendue.

Tout au plus le défendeur peut-il, en demandant l'adjonction au juge saisi d'un autre juge, retarder de vingt jours l'achèvement du procès. Sous le régime de la nouvelle ordonnance, le tribunal impérial n'eût pas pu connaître de notre affaire par évocation, et par conséquent notre auteur n'eût pas, — sauf peut-être au cas d'appel, — trouvé l'occasion d'écrire la méditation sur les pactes nus.

H. Monnier, et G. Platon,
Doyen Bibliothécaire
à la Faculté de droit de Bordeaux.

(*A suivre*).

LA

MEDITATIO DE NUDIS PACTIS[a]

(*Suite et fin*).

VI

De l'auteur de la Meditatio de nudis pactis.

Quand la *Meditatio* fut-elle rédigée, et par qui? Tel est le double problème qui reste à examiner.

Un premier point est certain. La *Meditatio* est postérieure aux Basiliques, car les Basiliques y sont plusieurs fois citées (1). On peut même, en ce qui concerne l'antériorité des Basiliques, préciser un peu plus. Notre auteur écrit que les compilateurs des Basiliques avaient exposé l'origine, la nature, les effets des pactes nus sans oublier d'en examiner la définition ἐν τῷ πλάτει (2). Le πλάτος est, comme on sait, dans l'habituelle terminologie byzantine, le commentaire de Stéphane sur les livres du Digeste qui avaient fait l'objet de son enseigne-

(a) *Nouvelle Revue historique*, XXXVII, 1913, p. 135-168, 311-336, 474-510, 624-653; XXXVIII, 1914, p. 285-342.

(1) III, 4; VI, pr., 8, 12, 15, 16 sq., 25, 26, 27; VIII, 3.

(2) III, 4; VIII, 3.

ment à Béryte (1). Or, c'est dans une scholie des Basiliques tirée du πλάτος que nous trouvons la plus soigneuse définition du pacte nu. Donc, en parlant des scholies empruntées au commentaire de Stéphane comme d'une partie intégrante des Basiliques (2), notre auteur donne la preuve qu'il écrit après le règne de Constantin Porphyrogénète. Il est, en effet, communément admis que c'est seulement sous le fils de Léon le Sage, par ses conseils et sous ses auspices, que les scholies anciennes ont été compilées et peu à peu rattachées aux Basiliques (3).

Un second point paraît peu contestable : la *Meditatio* a été rédigée à une époque où les Basiliques n'étaient pas le seul recueil de lois en vigueur, où les compilations de Justinien n'avaient pas perdu toute autorité législative (4). Qu'on lise en effet le début du titre VI. A l'auteur qui vient d'exposer ses idées sur les pactes nus et la *recessio*, le juge contradicteur demande : « Où donc cela se trouve-t-il aux Basiliques? ». La question est captieuse, car elle implique, chez celui qui l'a posée, l'intention de soutenir qu'une règle de droit est sans force qui n'est pas insérée aux Basiliques. *Irridens*, écrit Gustave Heimbach, *Digesta vim legis obtinere negat* (5). Aussi notre auteur, qui se méfie, répond aussitôt que sa théorie n'est en contradiction ni avec les Basiliques

(1) Cf. *Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 476, n. 4.

(2) V. pourtant Zachariae, dans les *Kritische Iahrbücher* de Richter et Schneider, XXI, 1847, p. 593.

(3) V. *infrà*, p. 715, n. 4, Cf. Suarez, *Notitia Basilicorum*, éd. Pohl, 1834, p. 51; Zachariae von Lingenthal, *Delineatio*, § 38, p. 63; *Kritische Iahrbücher f. deutsche R. W.*, 1847, XXII, p. 593, 594; Αἱ ῥοπαὶ, p. 102, n. 68; *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*[3], p. 26; C.-G. Heimbach, *Prolegomena Basilicorum*, p. 121 et 207; H. Monnier, *Novelle L de Léon le Sage*, p. 26, n. 3.

(4) Cf. Mortreuil, *op. cit.*, II, p. 138; C.-G. Heimbach, dans l'Encyclopédie de Ersch et Grüber, LXVI, p. 334, et *Proleg. Basil.*, VI, p. 149 et sq.

(5) *Observationum juris graeco-romani liber primus*, Lipsiae, 1830, p. 35.

ni avec la législation postérieure, ce qui revient évidemment à dire que le droit de Justinien, dont il a reproduit les règles, reste en vigueur à côté des Basiliques, tant que ce droit n'a pas été abrogé par une législation nouvelle ou aboli par l'effet du temps (1).

A la vérité, pour ne rien laisser dans l'ombre et pour ne rien laisser subsister de l'objection à lui faite, notre auteur ajoute quelques citations des Basiliques, mais non pas sans protester d'abord contre la prétention d'introduire une distinction entre les lois d'une même nation (2), sans s'indigner au préalable contre cet adversaire qui doit aux lois gloire et bonheur, et qui ne voit dans une partie de ces lois qu'un bavardage inconsidéré (3). Après avoir cité des textes des Basiliques, notre auteur revient encore sur cette question de l'autorité, de la force des anciens textes, question qui lui semble capitale. Et c'est alors que, comparant le Digeste

(1) VI, 2. Cf. Biener, *Geschichte der Novellen Justinian's*, p. 147 : *Ungeachtet er* (l'auteur de la *Meditatio*) aber beiden gleichen practischen Werth beilegt, folglich die aelteren Bearbeitungen, auch wo sie in die Basiliken nicht aufgenommen sind, als brauchbare Quelle anerkennt, so giebt er doch zu, dass das, was den in die Basiliken aufgenommenen Stellen geradezu widerspricht oder in den Basiliken geändert ist, nicht auf Gültigkeit Ansprüche habe.

(2) Il est parlé, VI, 3, des lois homoglosses et homophyles. Les lois sont homoglosses, car on ne lisait plus guère et depuis longtemps le Digeste et le Code dans le texte latin, mais seulement dans les versions et commentaires grecs. Les lois sont aussi homophyles. Sur le sens des mots ὁμόφυλος, ἀλλόφυλος, on consultera Ed. Cuq, *Un nouveau document sur l'Apokeiryxis*, Paris, 1913, p. 23. Aux textes cités par ce savant, on en peut ajouter d'autres : Nicéphore Uranus, *Liber de re militari incerti scriptoris byzantini sæculi* X, éd. Vari, p. 27, 29 ; Nov. περὶ τοῦ νομοφύλακος, § 7 : Psellus, *Hist.*, III, 40, 117 ; Zonaras, XVII, 15, etc. M. Ed Cuq pense que les homophyles sont ceux qui ont même religion. Cette signification revient à celle que nous adoptons, au moins pour le monde byzantin où se fait un continuel travail d'assimilation des races les plus variées. Dans l'empire d'Orient, ce que dit C. Neumann des Arabes (V. *La situation mondiale de l'empire byzantin avant les croisades*, trad. de Renault et Kozlowski, 1905, p. 47) est vrai de tous les barbares : au prix d'un baptême, toute l'échelle des honneurs leur était accessible.

(3) VI, 6.

et les Basiliques, il fait du vieux recueil le curieux et éloquent éloge que l'on sait (1). Il en vante le beau style et la richesse substantielle. Il compare les compilations de Justinien à de larges avenues ouvertes à l'esprit des juristes et qu'il faut avoir parcourues pour franchir aisément les défilés des Basiliques. Ceux qui s'en tiennent aux seules Basiliques n'en auront jamais la pleine intelligence. Ils les jugent pauvres et obscures, sauf cependant, ajoute notre auteur avec une pointe de raillerie, sauf quand ils y trouvent la solution par eux désirée, voulue, et dont ils étaient comme remplis (2).

°°°

Puisque, selon notre auteur, la législation de Justinien est encore en vigueur au temps de la *Meditatio*, il convient de rechercher à quelle époque cette législation a cessé d'être obligatoire.

Il est reconnu aujourd'hui (3) que Léon le philosophe n'avait pas eu, en promulguant les Basiliques, l'idée d'abolir les recueils de Justinien (4). Après cette promulgation, comme avant, les juges byzantins eurent toute licence de chercher dans les anciennes compilations du VI^e siècle les règles juridiques non abrogées dont ils

(1) Cf. *Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 509 et 510.

(2) VI, 28 : Ὅταν μὲν γὰρ τοῖς ἑαυτῶν θελήμασιν εὕρωσι ταῦτα συντρέχοντα, καὶ τῆς ἐξ αὐτῶν ὀδμῆς τὰς ἑαυτῶν αἰσθήσεις πληροῦντα, ἐπαίνουσι καὶ μεγαλύνουσιν, κ. τ. λ. Il y a là une manière toute biblique de s'exprimer. Cf. Saint Paul, Corinth., II, 14-16; Philipp., IV, 18. Le sens est celui-ci : Pour les juristes qui ne connaissent que les Basiliques, celles-ci sont comme une odeur qui pénètre leurs sens, tantôt agréable et tantôt déplaisante, mais toujours exclusive et par suite nuisible.

(3) Il n'en a pas toujours été ainsi. V. Arthur Duck, *De usu et authoritate juris civilis Romanorum*, 1679, p. 58.

(4) V. J.-S. Assemani, *Biblioth. juris orientalis*, 1762, II, p. 603; Biener, *op. cit.*, p. 129-157; Heimbach, dans Ersch et Grüber, LXXXVI; *Proleg. Basilicorum*, p. 143; Mortreuil, *op. cit.*, II, p. 137.

avaient besoin (1). Une seule restriction s'imposait : si la règle ancienne était à l'opposé de la règle des Basiliques, celle-ci était la plus forte et devait être seule appliquée (2). D'un tel état de législation, si singulier qu'il paraisse aujourd'hui, nous avons notamment la preuve, pour le x^e siècle, dans l'adjonction des scholies anciennes au texte basilical. Ces scholies, en effet, reproduisent ou développent le droit de Justinien. Leur adjonction aux Basiliques au temps de Constantin Porphyrogénète resterait inexplicable si ce droit eût été déjà aboli (3). Plus tard et encore au xi^e siècle, rien n'est changé. Les preuves abondent. Il suffit d'ouvrir la Πεῖρα, rédigée peu de temps après la mort de Romain Argyre (4), pour y trouver des textes tirés du πλάτος de Stéphane (5), de l'Index de Cyrille (6), du commentaire de Thalélée (7), des citations du Digeste (8) et du Code (9). Dans les deux petits traités *de creditis* et *de peculiis* (10),

(1) On lit, il est vrai, dans la Novelle I de Léon, *J. G. R.*, de Zachariae, III, p. 69 : Τούτων οὖν ἡμῖν οὕτω διῳκημένων, ἀπὸ τοῦ νῦν καὶ εἰς τὸν ἔπειτα ἅπαντα χρόνον ἅπασιν εἰς οὓς ἀνήρτηται τὰ τῆς δίκης ζυγά, ἄρχουσι καὶ δικασταῖς, ἐντελλόμεθα, τοὺς μὲν ὅσοι νόμοι παρὰ τῆς Βασιλείας ἡμῶν τοῦ νομίμου ἐδάφους τὴν ἀπαλλοτρίωσιν κατεψηφίσθησαν, τούτους ἀχρήστους ἡγουμένους ἐᾶν ἐῤῥίφθαι, κατὰ δὲ τοὺς λοιποὺς ἐγγράφους τούς τε ἀρχαίους καὶ τοὺς μικρῷ μὲν πρόσθεν παρὰ τοῦ ἀειμνήστου πατρὸς ἡμῶν, νῦν δὲ παρ' ἡμῶν ἐγκεκριμένους ἢ τεθεσπισμένους ταῖς δίκαις βραβεύειν τὰς διαλύσεις.

(2) VI, 2. Cf. *Bas.*, V, p. 826, 892, etc.

(3) G.-E. Heimbach, *Observat.*, p. 34, niait l'usage légal des livres de Justinien après Constantin Porphyrogénète ; c'est une opinion inadmissible.

(4) Cf. H. Monnier, *La Novelle L de Léon le Sage*, p. 33.

(5) V. Πεῖρα (*J. G. R. I.*), XVI, 10 ; XXVI, 12 ; XXXVI, 15. Pour XVI, 9, V. Zachariae dans la *Zeit. d. Savigny-Stiftung*, X, p. 267, n. 1.

(6) *Ibid.*, XXVI, 12 ; XXXVI, 15 ; XLI, 15.

(7) *Ibid.*, VII, 1 ; XXXVI, 2 ; XLI, 23 ; LIX, 3 ; LXVI, 8, 9, 10.

(8) *Ibid.*, XVII, 17 ; XXVI, 12 ; XLIX, 19 ; LIV, 10.

(9) *Ibid.*, 25.

(10) Le traité *De peculiis* a été publié par G.-E. Heimbach, dans les *Anecdota*, II, p. 234 sq. L'éditeur écrit : Dubitari nequit quin hic, quem edimus, liber illis temporibus, quibus et Basilica exstabant et Justiniani juris corpora non admodum neglecta jacebant, vindicandus est. Le traité est d'ailleurs antérieur à l'an 1045, date de la Novelle qui fonde l'école de droit

composés sous le règne de Constantin Monomaque, on cite comme faisant loi, à côté des textes des Basiliques, les textes de Justinien ou les versions d'exégètes tels que Théophile, Thalélée, Théodore, Symbatius, Dorothée. Enfin, dans les règles que Psellus a versifiées pour faciliter les efforts mnémoniques de son impérial élève Michel Dukas, le Digeste, le Code, les Novelles sont encore énumérés parmi les sources du droit actuel (1). En 1082, Alexis I Comnène se plaint qu'on accorde plus de force aux écrits de Thalélée qu'aux paroles impériales, et pourtant il vante les mérites de Théodore d'Hermopolis, si habile à pénétrer les obscurités de la loi (2), et il cite les novelles 44 et 49 de Justinien (3).

Cependant le bon sens avertit que la coexistence des deux législations Léonienne et Justinienne ne pouvait se maintenir indéfiniment. Par la force des choses, celle-ci devait être écartée par celle-là. Ce résultat est obtenu à la fin du XII^e^ siècle. Voici comment Biener l'a démontré (4) :

On sait que Balsamon a illustré de scholies le Nomo-

Cela paraît du moins résulter des premières lignes du texte. La Novelle de 1045 exige, en effet, pour l'entrée dans la magistrature, des études et des épreuves, et précisément l'auteur du traité *De peculiis* commence par regretter que ces études et ces épreuves n'existent pas. Fischer, *Studien zur byzantinischen Geschichte des elften Iahrhunderts*, Plauen i. V., 1883, p. 54, considérant que la méthode suivie par l'auteur du traité est la méthode historique, pense que l'auteur pourrait bien être Xiphilin et qu'il écrit vers 1040. — Le traité *De creditis* ou *De privilegiis creditorum* a été publié pour la première fois, d'après le manuscrit de Bologne, B, IV, 67, fol. 258-970, dans les *Iahr. d. Litt.* d'Heildelberg, 1841, p. 541, et depuis, comme Paratitlon XXIV, à la suite du *Prochirum auctum, J. G. R.* de Zach. VI, p. 421 sq. Fischer, *Studien...*, p. 55, en place, avec raison, de 1045 à 1055, la date de rédaction. Mortreuil, *op. cit.*, II, p. 458, plaçait cette date peu après la publication des Basiliques, c'est trop tôt; Heimbach, au XII^e^ siècle, c'est trop tard.

(1) Sur la *Synopsis legum*, V. *infrà*, p. 754 sq.

(2) *J. G. R.* de Zach., III, p. 346.

(3) *Ibid.*, p. 351.

(4) *Gesch. d. Novellen*, p. 145 sq. Cf. Zachariae, Αἱ ῥοπαί, p. 93, n. 52.

canon de 883 (1). L'ouvrage de Balsamon a été rédigé sur l'ordre de Manuel Comnène et du patriarche Michel Anchialus (2). L'empereur et le patriarche avaient ordonné à Balsamon d'examiner les canons, d'interpréter ceux qui paraîtraient contraires aux lois, d'expliquer ceux qui sembleraient obscurs, en prenant, comme base du travail, le Nomocanon en seize titres de Photius (3). Balsamon devait indiquer ce qui était encore applicable, et ce qui n'était plus en vigueur n'ayant pas été reçu dans l'*Ultima Repurgatio* de Constantin Porphyrogénète. Il fallait éviter que le patriarche lui-même fût exposé, comme dans l'affaire du métropolite d'Amasie, à considérer comme obligatoires des règles qui ne l'étaient plus (4). Cette affaire, nous la connaissons, grâce à Balsamon (5) : en voici les éléments essentiels.

(1) L'attribution à Photius est douteuse : elle ne remonte pas au delà du XIIe siècle. V. Zachariae v. L., *Die griechischen Nomokanones*, Saint-Pétersbourg, 1877, p. 13.

(2) V. Rhalli et Potli, Σύνταγμα τῶν κανόνων, 1852, I, p. 31 sq., et Voel et Iustell, *Bibliotheca juris canonici veteris*, 1661, II, p. 781 sq.

(3) Rhalli et Potli, I, p. 31 : ... ἡμεῖς ὁρισθέντες παρὰ τοῦ θεοστεφοῦς ἁγίου ἡμῶν Αὐτοκράτορος κυροῦ Μανουὴλ τοῦ Κομνηνοῦ, καὶ τοῦ παναγιωτάτου ἡμῶν δεσπότου καὶ οἰκουμενικοῦ Πατριάρχου, τοῦ γεγονότος ὑπάτου τῶν φιλοσόφων, κυροῦ Μιχαὴλ τοῦ Ἀγχιάλου, τοὺς ἱεροὺς κανόνας κατασκέψασθαι, καὶ τὰ ἐν τούτοις ἀσαφῆ, καὶ τοῖς νόμοις τὸ δοκεῖν ἐναντιούμενα σαφηνίσαι καὶ ἑρμηνεῦσαι, ὡσαύτως καὶ τὰ παρὰ τοῦ ἁγιωτάτου ἐκείνου Πατριάρχου κυροῦ Φωτίου συγγραφέντα, καὶ εἰς δέκα πρὸς τοῖς τέσσαρσι τίτλους θεωρούμενα καὶ πρὸ τῶν κανόνων συγκεφαλαιωθέντα, μετ' ἐπιστασίας πολυπραγμονῆσαι.

(4) *Ibid.*, p. 32 : καὶ τὰ μὲν ἐν τούτοις τεθέντα νόμιμα καὶ ἐνεργοῦντα παραδηλῶσαι, τὰ δὲ σχολάσαντα καὶ μὴ δεχθέντα κατὰ τὴν τελευταίαν ἀνακάθαρσιν τῶν νόμων, τὴν γενομένην παρὰ τοῦ ἀοιδίμου Βασιλέως κυροῦ Κωνσταντίνου τοῦ Πορφυρογεννήτου, αὖθις ἀναδιδάξαι, ὡς ἂν μή τινες ἐντυγχάνωσι τούτοις, καὶ τὰ ἀπρακτήσαντα νόμιμα ὡς ἐνεργοῦντα καὶ ἔμπρακτα δέχωνται, κἀντεῦθεν ὡς πλανῆται τῆς εὐθείας καὶ βασιλικῆς ὁδοῦ ἀποτρέχωσιν, ὅπερ κἂν τῷ ῥηθέντι παναγιωτάτῳ δεσπότῃ ἡμῶν... ...συμπεσεῖν ἐκινδύνευσεν ἐπὶ τῇ ὑποθέσει τοῦ μητροπολίτου ἐκείνου Ἀμασείας κυροῦ Λέοντος...

(5) *Ibid.*, I, p. 49.

L'Église d'Aminsus était veuve de son évêque depuis plus d'un an (1). En vain, le patriarche, par trois fois, avait invité le métropolite d'Amaseia, Léon, à pourvoir au siège vacant. Le métropolite était resté coi. Michel Anchialus réclama alors le droit de nommer et de consacrer l'évêque. Le patriarche s'appuyait sur une disposition du chapitre 1er de la novelle 123 de Justinien (2). Il soutenait que, le métropolite n'ayant pas pris la décision malgré les trois édits, lui, le patriarche, avait droit de la prendre. Et comme on objectait que cette disposition du chapitre 1er de la Novelle n'avait pas été insérée aux Basiliques et par suite n'avait aucune force impérative (3), le patriarche s'obstinait, répondant qu'il était indigne de rejeter même un *apex* de ce qui était au Nomocanon, livre estimé dans l'église à l'égal de la divine Écriture.

L'affaire fut portée devant l'Empereur et ses plus importants conseillers, qui donnèrent tort au patriarche. Et celui-ci, pour ne plus avoir à subir semblable défaite, invita le canoniste Balsamon à composer un ouvrage dans lequel on trouverait, indiquées au plus juste, les règles toujours existantes et toujours applicables. C'est ce qui fut fait.

L'anecdote est probante. Même en matière ecclésiastique, les seules Basiliques sont obligatoires. *A fortiori*, en toute autre matière, ne peut-on invoquer les compilations du VIe siècle.

De ce qui précède il résulte que la *Meditatio* a été rédigée après le règne de Constantin Porphyrogénète et

(1) Sur Aminsus et la métropole Amaseia (dans l'Hélènopont), v. les *Notitiae episcopatuum* dans le *Synecdemus Hieroclis*, éd. Parthey, 1866, et dans Gelzer : *Ungedruckte und ungenügend veröffentlichte Texte der Notitiae episcopatuum*, 1901.

(2) Cf. Athanasii *Epitome*, éd. Heimbach, p. 4, et *Nomocanon* de Photius, I, 9.

(3) ὅτε καὶ τινων λεγόντων μὴ δεχθῆναι εἰς τὰ Βασιλικὰ τὴν τοιαύτην τῆς νεαρᾶς διάταξιν, κἀντεῦθεν ἄπρακτον εἶναι...

avant celui de Manuel Comnène. Essayons de préciser davantage.

Pour que le juge contradicteur ait pu, avec quelque vraisemblance, soutenir sa thèse, pour que notre auteur ait dû défendre la sienne avec insistance, il faut que tous deux vivent à une époque où l'oubli et le discrédit commencent à s'étendre sur les compilations de Justinien. Le rédacteur de la *Meditatio* nous apparaît comme un juriste conservateur qui estime le présent sans autorité, quand il ne se relie pas au passé par de solides attaches, une tradition ininterrompue de lois qu'on respecte et qu'on applique. Le juge, son contradicteur, au contraire, estime que les compilations de Justinien ont fait leur temps, et nie leur force législative. Comme ce Michel Attaleiate, dont nous avons un *opus juridicum* (1), et qui fondait, en 1077, le monastère et l'hospice que l'on sait (2), le juge adversaire de notre auteur ne veut voir dans les vieux recueils du VIe siècle que des matériaux pour l'histoire des origines du droit. Il est vraisemblable que le conflit doctrinal, qui existait bien avant Michel Attaleiate, devint plus grave et mieux défini quand fut fondée, en 1045, l'école

(1) Le *ποίημα νομικόν* de Michel Attaleiate a été publié d'abord par Freher, dans le *Jus Graeco-Romanum* de Leunclavius, II, p. 1-79, et plus complètement par Léonidas Sgouta, dans la Θέμις ἢ ἐξέτασις τῆς Ἑλληνικῆς νομοθεσίας, VIII, p. 47 et s. Michel Attaleiate avertit qu'il a voulu faire un manuel très bref, accessible à tous, sans répugner, pour plus de clarté, à l'emploi de la langue vulgaire. Tout de même il donne quelques indications historiques. Il s'étend sur le Digeste, le Code, les Institutes, « le livre des Novelles fait par Tribonien, homme savant et cupide ». Puis il ajoute : « Enfin, le Basileus Léon résolut de faire une œuvre unique en réunissant ce qui était séparé. Il fit compiler Digeste, Code, une bonne partie des Institutes et les Novelles, et de la substance de ces œuvres il composa un tout en 60 livres et 6 volumes. Cela soit dit pour établir l'origine des lois et la formation de ces 60 livres qui sont *maintenant* en usage (καὶ τῆς τῶν νῦν πραττομένων ἑξήκοντα βιβλίων ὀργανώσεως) ». De ces derniers mots, Biener conclut, *op. cit.*, p. 114 et sq., 145 et sq., à bon droit, que, pour Michel d'Attalie, les Basiliques sont seules en vigueur. V. d'autres arguments dans Gust. Heimbach, *Observ.*, p. 21-23. *Contrà*, Guill. Heimbach, *Proleg. Basil.*, VI, p. 147 et sq.

(2) V. *suprà*, p. 316.

de droit de Constantinople. Le directeur de l'école, juriste familier avec la langue latine (1) et les méthodes historiques (2), Jean Xiphilin, dut faire effort pour maintenir à côté des Basiliques, et au même niveau, les anciens recueils. Mais Xiphilin avait des adversaires nombreux qui prirent le contre-pied de son enseignement (3). Quand l'influence de Xiphilin et de ses disciples aura disparu, c'est l'opinion la mieux accommodée à l'ignorance et à la paresse qui triomphera aisément.

Il semble donc assez naturel de se ranger à l'opinion émise par Zachariæ en son histoire du droit gréco-romain et de faire remonter jusqu'au temps de Constantin Monomaque la date de rédaction de la *Meditatio* (4). L'unique indication chronologique, vague d'ailleurs, contenue dans notre texte, ne contredit pas, et même appuie cette manière de voir. On lit, tit. I, § 1, que la misère des temps a mis fin à toute ambition. Ce sont donc des temps misérables, faits pour décourager, que ceux dans lesquels se déroule notre procès. Quels sont ces temps? Quelle est cette misère? L'Empire d'Orient, dans sa longue existence, a tour à tour subi les pires disgrâces de la fortune et joui de ses plus hautes faveurs. L'occasion s'est donc souvent offerte aux Byzantins de parler de la misère des temps, mais jamais mieux que

(1) V. Nov. περὶ του νομοφυλακος, § 15.

(2) V. *infrà*, p. 734 sq.

(3) C'est à cet enseignement, ἡ τοιαύτη διδασκαλία, que notre texte VI, 1 fait allusion. L'auteur qui n'est autre que Xiphilin, V. *infrà*, p. 733 sq., s'indigne que l'enseignement du Digeste puisse être, dans le silence des Basiliques, méprisé et délaissé.

(4) *G. d. G. R. R.*³, p. 30 : In diese Zeit (sc. 1042-1054) ist zu setzen ein richterliches *Votum* über eine Vertragstreitigkeit, μελέτη περὶ ψιλῶν συμφόνων. Et comme Zachariae, dans la seconde édition de son histoire (1877), p. 19, indiquait la même époque, on doit considérer comme le résultat d'une inadvertance ce qu'il écrivait dans la préface de son édition des Novelles, I, p. VII : μελέτην περὶ ψιλῶν συμφόνων initio sæculi XI scriptum esse constat.

sous le règne de Constantin Monomaque. « Ce règne, écrit M. Schlumberger (1), fut un des plus troublés de l'histoire de l'Empire ». M. Schütte écrit de son côté que le « règne de Constantin Monomaque, en partie par sa faute, en partie sans que l'empereur fût répréhensible, a été exceptionnellement rempli de périls et de désastres » (2).

On s'assure aisément que ces deux historiens n'exagèrent rien quand on recueille les témoignages des chroniqueurs byzantins : de Psellus, historiographe officiel sans doute, mais si intéressant, souvent témoin oculaire et toujours bien informé (3), de Michel Atta-

(1) *L'épopée byzantine à la fin du xe siècle*, III, 1905, p. 565. Cf. Lebeau, *Histoire du Bas-Empire*, liv. LXXVIII, 11.

(2) V. dans le *Jahresbericht des Königl. Gymnasiums zu Plauen i. V. auf das Schuljahr* 1895-1896, l'étude de R. Schütte, qui a pour titre : *Der Ausfstand des Leon Tornikios im Jahre 1047*, p. 1 et 19. De son côté, Paparrigopoulo, Ἱστορία τοῦ ἑλληνικοῦ ἔθνους², Athènes, 1887, IV, écrit également : Ὁ Κωνσταντῖνος Θ' Μονομάχος ἦτο ἄνθρωπος μέτριος, καὶ δὲν ἦτο μὲν βεβαίως χειρότερος τῶν ἀμέσων αὐτοῦ προκατόχων, ἀλλ' αἱ δυσχέρειαι πρὸς ἃς εἶχε νὰ παλαίσῃ εἶχον κορυφωθῆ, ὥστε ἡ βασιλεία αὐτοῦ ἀπέβη μία τῶν ὀλεθριωτέρων τῆς πατρίου ἡμῶν ἱστορίας.

(3) L'histoire de Psellus a été, pour la première fois, publiée, en 1874, par Sathas, *Biblioth. gr. med. aevi*, IV, et depuis, par le même savant, en 1899, sous le titre : *The history of Psellus*, dans la collection des *Byzantine Texts* de J.-B. Bury. C'est d'après cette nouvelle édition que nous ferons nos citations. Le seul manuscrit est le Cod. 1172 de la Bibliothèque nationale, manuscrit très précieux, car, dit Sathas, « it is a very corpus of Byzantine history, beginning at the creation and ending with Michel VII. Of these chroniclers, Simeon Logothetis is the first, Leo the Deacon the second, his continuer Michel Psellus the third ». — Psellus a commencé son histoire sur l'invitation de plusieurs personnages, p. 101, parmi lesquels il en est un qu il appelle, cf. 135, φίλτατε πάντων ἀνδρῶν. Ce serait, selon Sathas, *B. gr. m. aevi.*, IV, p. cxvi, Constantin Lichudes. D'après Fischer, *Beiträge zur hist. Kritik des Leon Diakonos et Michael Psellus*, dans les *Mittheilungen des Inst. f. Oesterreischische Geschichtsforschung*, VII, p. 1353 sq., ce serait Constantin Dukas. Psellus conduisit d'abord son récit jusqu'à la fin du règne d'Isaac Comnène, — p. 214, ὅρον θήσομαι, — puis, après la mort de Constantin Dukas, il ajouta l'histoire de cet empereur, — p. 236, ὦ θεία καὶ καθαρωτάτη ψυχή. — Quant à la dernière partie, qui est une sorte d'appendice, Psellus l'écrivit sous les yeux et, en quelque sorte, avec la collaboration de Michel Dukas qui, p. 293, lui fournissait des documents. — Il ne

leiates(1), bon juriste, sincère écrivain, qu'anime un profond sentiment de justice, de Jean Skylitzès, de Cédrène, de Zonaras, de Glycas, d'Ephraemius, de Manassès, etc., et, quand on lit, pour certains détails, les annales de Bari, l'anonyme de Bari, Guillaume d'Apulie, la chronique de Nestor et celle de Mathieu d'Edesse (2).

⁂

Constantin IX Monomaque était monté sur le trône par l'effet du caprice de la porphyrogénète Zoé. Le père de celle-ci, Constantin VIII, avait eu trois filles : Eudoxie, Zoé, Théodora (3). D'Eudoxïe on sait peu de chose; elle se fit religieuse et ne fit pas parler d'elle (4). Théodora prit aussi le voile, mais elle reparaîtra plusieurs fois sur la scène du monde, et mourra impératrice le 31 août 1056. Quant à Zoé, elle avait, en 1028, une cinquantaine d'années. Elle était encore fort jolie et, assure M. Ram-

faut pas oublier que l'on trouve dans la *Biblioth. g. med. aevi* de Sathas d'autres œuvres de Psellus et notamment, dans le tome IV, les oraisons funèbres de Michel Cérulaire, de Constantin Lichudès, de Jean Xiphilin; dans le t. V, l'éloge de la mère et de la sœur de Psellus, l'éloge de Nicetas *magister*, de Jean Euchaïta, deux éloges de Constantin Monomaque, l'épigramme du moine Jacob et la réponse de Psellus, l'apologie pour Xiphilin, environ deux cents lettres et diverses autres pièces.

(1) V. *suprà*, p. 717, n. 1, et *infrà*, p. 751, n. 1.

(2) Zonaras, Cédrène, Scylitzès, Glykas, Ephraemius, Manassès, sont dans la Byzantine de Bonn; l'Anonyme de Bari dans Muratori (*Rerum Italicarum Scriptores*, I, 138); les annales de Bari, Guillaume d'Apulie, *Gesta Roberti Wiscardi*, dans les *Monumenta Germ. hist.*, V et IX, éd. *in folio*. La chronique de Nestor a été traduite par Léger, Paris, 1884, et la chronique de Mathieu d'Edesse continuée par Grégoire le Prêtre a été éditée par Dulaurier, Paris, 1858.

(3) Cf. Spiridion Lampros, Ἱστορία τῆς Ἑλλάδος, V (Athènes, 1902), p. 259 sq; A. Rambaud, *Études sur l'histoire byzantine*, Paris, 1912, p. 133 sq.; Diehl, *Figures byzantines*, I², 1900, p. 246-290; Gfrörer, *Byzant. Geschichten*, éd. par Weiss, III, 1877, p. 233 sq.; Schlumberger, *op. cit.*, p. 55.

(4) Elle est morte avant 1042. Cf. du Cange, *Historia Byzantina*, Paris, 1690, p. 144.

baud, « elle montrait du tempérament » (1). Constantin VIII, se sentant mourir, s'avisa qu'il fallait un mari à sa fille, et força Romain Argyre à l'épouser (2), moyennant quoi, Constantin étant mort, Romain devint empereur. Romain ne régna pas bien longtemps; en 1034 il mourut étouffé dans les bains du Palais (3). L'impératrice avait un amant qu'elle fit aussitôt couronner. Ce fut l'empereur Michel IV. A la mort de celui-ci, en 1041, son neveu, qu'il avait fait adopter par Zoé, régna sous le nom de Michel V. Le nouvel empereur se crut bientôt assez fort pour se débarrasser de Zoé, qu'il envoya dans un monastère de l'île de Proté. Cet acte d'ingratitude, qui était aussi un attentat contre la souveraine légitime, fut aussitôt puni (4). Le peuple tira Théodora de son couvent et la proclama impératrice à côté de Zoé. Michel V fut aveuglé et enfermé dans un monastère (5).

Le pouvoir était donc aux mains des deux porphyrogénètes. Mais, affirme Lebeau (6), « c'eût été un phénomène trop extraordinaire que deux femmes se fussent longtemps accordées dans le gouvernement d'un grand État. Zoé crut s'apercevoir que sa sœur avait sur elle la préférence dans le cœur de ses sujets, et, piquée de jalousie, elle fut la première à proposer... l'élection d'un prince pour soutenir l'honneur de l'Empire. Elle ajoute

(1) *Op. cit.*, p. 233. Psellus assure, p. 162, que jusqu'à l'extrême vieillesse, elle conserva un visage charmant : Ἑβδομηκοστὸν δὲ ἤδη ὑπερβᾶσα ἔτος τῆς ἡλικίας ῥυτίδα μὲν οὐκ εἶχεν ἐπὶ τοῦ προσώπου, ἀλλ' ἤνθει ὡς ἐπὶ νέῳ τῷ κάλλει.

(2) V. Gfrörer, *op. cit.*, III, p. 122.

(3) Rambaud, *op. cit.*, p. 234-236, a traduit le dramatique récit de la mort de Romain Argyre fait par Zonaras, *Epit. hist.*, XVII, 13. Une miniature du Skylitzès de Madrid, reproduite dans Schlumberger, *op. cit.*, p. 821, représente curieusement la mort de Romain Argyre.

(4) Sur le caractère de légitimité qui s'attachait aux descendants de Basile I, V. Rambaud, *L'empire grec au* x*e* *siècle*, p. 23 sq.

(5) Psell., *Hist.*, p. 101.

(6) *Histoire du Bas-Empire*, 2e éd., revue par Saint-Martin et continuée par Brosset, XIV, p. 316.

que, pour donner un droit légitime à celui qui serait jugé digne de cet honneur, elle voulait bien se sacrifier elle-même au bien de l'État, et qu'elle consentirait à l'épouser ». Et le 11 juin 1042, elle épousa en effet Constantin Monomaque, qu'elle avait, au temps de Michel IV, distingué pour sa beauté (1). Comme Constantin et Zoé avaient déjà convolé, l'un et l'autre, deux fois en justes noces, le patriarche Alexis, tout hérissé de scrupules canoniques (2), ne voulut pas les unir lui-même. Il laissa le doyen des élèves du Palais procéder à la cérémonie (3). Après quoi, il embrassa les nouveaux époux. Je ne sais, écrit Psellus, si ce fut comme prêtre ou comme courtisan (4).

Zoé avait alors soixante-quatre ans. Elle vivra encore huit ans (5). Il n'est pas absurde de penser qu'elle fut plus fidèle à son troisième mari qu'aux deux autres. Quant à Constantin, lors de son élévation à l'empire, il était fort attaché à une belle jeune femme de l'illustre famille des Skleri. Une fois Basileus, il lui resta à peu près fidèle, lui conféra la dignité de Sebasté, et obtint de l'impératrice Zoé un traité, dûment enregistré au Sénat, qui régularisait le ménage à trois (6). Il y a dans l'histoire

(1) Sur cette beauté de Constantin, quand il était jeune, beauté que les maladies et les infirmités anéantirent ensuite, v. Psellus, *Hist.*, p. 146. Sur ses qualités morales et ses mérites, v. *ibid.*, p. 160; Manassès, *Comp. chron.*, V, 1250 sq. Neumann va trop loin dans l'éloge quand, *op. cit.*, p. 68, il donne à Constantin IX « une géniale nature de bohême ». Cf. Brehier, *Le schisme oriental du XI[e] siècle*, 1899, p. 40 sq.; Lampros, *op. cit.*, IV, p. 307.

(2) Les décisions du τόμος τῆς ἑνώσεως de 920 (V. *J. G. R.* de Zach., III, p. 228-233) étaient toujours en vigueur.

(3) Cédrène, 542, 15; Zonaras, XVII, 20; Glycas, 593, 15.

(4) P. 161 : τοῦτο δὲ οὐκ οἶδα εἴθ' ἱερατικὸν εἴτε κολακτικὸν καὶ πρὸς τὸν καιρόν.

(5) Zonaras, XVII, 28.

(6) Psell., *Hist.*, p. 115 : συγγραφὰς φιλίας ποιεῖται. Quand Sclérène mourut, l'empereur la remplaça par une jeune Alaine qui, dit Psellus, p. 159, sans être belle, avait la peau blanche et de beaux yeux. Il la fit également Sebasté. Cf. Lampros, *op. cit.*, V, p. 310.

de Psellus un joli détail que le lecteur nous pardonnera de rappeler (1). Quand la nouvelle Σεβαστή parut dans la procession de la Cour, à son rang après les impératrices, un courtisan murmura, comme ébloui par cette apparition de la beauté parfaite : Οὐ νέμεσις. Et dans la brillante assistance lettrée et libertine, il n'y eut pas une personne qui ne se souvînt des célèbres vers de l'Iliade :

Οὐ νέμεσις Τρῶας καὶ ἐϋκνήμιδας Ἀχαιοὺς
Τοιῇδ' ἀμφὶ γυναικὶ πολὺν χρόνον ἄλγεα πάσχειν·
Αἰνῶς ἀθανάτῃσι θεῇς εἰς ὦπα ἔοικεν (2).

Constantin Monomaque mourut le 11 janvier 1055. Théodora reprit le pouvoir et le conserva jusqu'à sa mort survenue l'année suivante. Avec Théodora s'éteint la maison Macédonienne (3).

°°°

Aussitôt empereur, Constantin Monomaque eut à combattre l'asiatique Georges Maniakès. Ce remarquable général avait été envoyé par Zoé en Italie et y avait rétabli les affaires de l'empire (4). Mais l'empereur, poussé par le frère de Sklérène, enleva à Maniakès son commandement. C'était une injustice et une insigne maladresse. Maniakès, outré de colère, entraîna ses troupes à la révolte et se fit proclamer empereur. En

(1) *Op. cit.*, p. 116. Cf. Diehl, *op. cit.*, p. 277.

(2) Hom., *Il.*, III, 156.

(3) Cf. Mädler, *Theodora, Michel Stratiotikos, Isaac Komnenos, ein Stück byzantinischer Kaisergeschichte*, Plauen i. V., 1899.

(4) Il y a encore à Syracuse un *Castello Maniace*. Sp. Lambros, dans les Ἱστορικὰ Μελετήματα, Athènes, 1884, a publié un poème et une épigramme funéraire célébrant Maniakès. — Sur ce Maniakès en Italie, V. Gugl. Apulensis, I, 445 sq., *Annales Barenses*, 1042; Cedrène, 531; Gay, *L'Italie méridionale et l'Empire byzantin*, 1904, p. 450 sq.; Schlumberger, *op. cit.*, p. 432-455; Chalandon, *Histoire de la domination normande en Italie et en Sicile*, 1907, p. 102 sq.; Lampros, *op. cit.*, V, p. 313 sq.

quelques jours il parvient à Dyrrachium et, par la voie Egnatia, marche sur Thessalonique. Vainqueur à la bataille d'Ostrovo, il eût certainement renversé Constantin s'il n'eût trouvé la mort, on ne sait trop comment, le soir même de sa victoire (1).

La même année, Théophile Eroticos, stratège de l'île de Chypre, soulève la population contre les percepteurs d'impôts, et tente d'établir un royaume indépendant (2).

En 1043, les Russes (les Scythes de Scylitzès) arrivent jusqu'à la forteresse de Hierion au nombre de cent mille (3). Ils prétendaient venger la mort d'un marchand de leur pays tué dans une échauffourée. Monomaque conduisit contre eux une flotte improvisée et réussit à en débarrasser l'Empire (4).

En 1044, l'imprudente cupidité du Basileus causa de grands désastres en Orient. Les provinces frontières ne payaient pas d'impôts, à condition de garder ou de défendre les passages. Constantin changea tout cela et fit lever les impôts. Le résultat fut déplorable. Les Huns Nephtalites envahirent l'Ibérie sans défense (5).

En 1046 le catapan d'Italie se fait battre par les Normands (6).

En 1047 éclate la formidable révolte de Léon Tornikios, dont il est bon de faire un récit très sommaire.

(1) On racontait que, blessé au flanc d'un coup de flèche, il était tombé de cheval et avait expiré sur place. Psellus, *Hist.*, p. 126; Mich. Att., *Hist.*, p. 19; Cédrène, 549; Joel, 3115.

(2) Cédrène, 549; Zonar., XVII, 22.

(3) Cédrène, 550; Zonaras, XVII, 22-24; Glycas, 595; Ephr., 3120; Psellus, p. 129 sq.; Chronique de Nestor, p. 131. Sur l'origine du mot Ῥῶς dans le mot ταυροσκύθαι, on cite souvent Léon Diacre qui, *Hist.*, IV, 6, écrit : ... τοὺς Ταυροσκύθας... οὓς ἡ κοινὴ διάλεκτος Ῥῶς εἴωθεν ὀνομάζειν. Cf. Vasiljev, *Byzant. Zeitschrift*, XXII, p. 501 sq., dans le compte rendu du livre récent de Bury : *A History of the Eastern Roman Empire from the fall of Irene to the accession of Basile* I, sur la page 112, n. 1 de cet ouvrage.

(4) V. Schlumberger, *op. cit.*, p. 470.

(5) Mich. Att., *Hist.*, p. 43.

(6) Lupus Protospatharius, 1046 (dans les *Monumenta Germ. historicæ, scriptores*, V, 51, p. 58).

Léon Tornikios (le Tornig de Mathieu d'Edesse (1), le Tornibey de l'Anonyme de Bari) appartenait à une famille princière d'Arménie. Les Tornikioi entrent dans l'histoire de Byzance au temps de Romain Lacapène (2). Léon Tornikios était parent par les femmes de Constantin Monomaque (3). Mal vu du Basileus qui avait deviné son ambition, bien vu, trop bien vu de la princesse Euprépia, l'une des sœurs de Constantin (4), il fut forcé d'endosser la robe de moine (5). A la fin, ne recevant que des dégoûts de la Cour, encouragé par un capitaine de valeur Jean Batatzès (6) il se décide à la révolte. Le 14 septembre 1047, jour de la fête de l'Exaltation de la Croix, il s'enfuit de Constantinople et rejoint l'armée de Macédoine qu'il sait irritée contre le gouvernement de Constantin trop peu favorable aux militaires (7). Léon Tornikios est proclamé empereur le 19 septembre, et aussitôt commence la marche sur la capitale. L'armée rebelle s'avance à travers la Thrace, pillant tout sur son passage (8). Le 25 septembre

(1) V. Psellus, *Hist.*, p. 133 sq.; Mich. Att., *Hist.*, 23-30; Cédrène, 561 sq.; Zonaras, XVII, 23; Manassès, 6310 sq.; Ephraemius, 3115 sq.; cf. Schütte, *op. cit., sup.*, p. 9, n. 2, Schlumberger, *op. cit.*, p. 498-528; Lampros, *op. cit.*, V, p. 332-336.

(2) Cf. Gfrörer, *Byzantinische Geschichte*, III, 1877, p. 373; Paparrigopoulo, *op. cit.*, IV, p. 286.

(3) Psellus, *Hist.*, p. 133 : ... τῷ αὐτοκράτορι τούτῳ ἐξανεψιός τις ἐκ μητρικῆς ἐγεγόνει ῥίζης, τὸ μὲν ὄνομα Λέων, τὸ δὲ γένος Τορνίκιος.

(4) L'Empereur avait deux sœurs, Hélène et Euprepia. Hélène ne comptait pas. Sur Euprépia (γυναικῶν ἁπασῶν ὧν ἐγὼ τεθέαμαι σταθηροτάτην τε οὖσαν), et sur son goût pour Tornikios (τοῦτον ἐκείνη ἐδεξιοῦτο καὶ φίλτατον εἶχε), on lira Psellus, *Hist.*, C et sq.

(5) Il était alors en Ibérie; on le fit revenir à Constantinople, où Constantin se moqua de lui. Seule Euprépia l'accueillit bien et l'embrassa. Psellus note qu'elle avait, pour expliquer ce tendre accueil, un motif irréprochable : la parenté.

(6) Psellus, *Hist.*, CXXII.

(7) Neumann, *op. cit.*, p. 78 et s., a fait de justes et pénétrantes remarques sur la prédominance de la bureaucratie et sur sa jalousie contre l'élément militaire au XI[e] siècle sous Michel V, Constantin IX, Constantin X, et aussi sur les conséquences fâcheuses qui s'ensuivirent.

(8) Attal., *Hist.*, p. 23 : ἐδῃοῦντο δὲ καὶ τὰ προστυχόντα καὶ διηρπάζοντο.

elle apparaît devant les murs de la ville gardée de Dieu. Jamais, écrit Psellus (1), jamais, de mémoire d'homme, un prétendant n'avait encore osé faire le siège de Constantinople. Le péril pour Constantin était extrême, car les troupes fidèles étaient au loin, en Arménie. A peine pouvait-on disposer d'un millier de soldats de la garde. En outre Constantin était très souffrant, et le bruit courait qu'il était mort (2). Mais il ne perdit pas courage. Pour bien montrer qu'il vivait encore, il s'installa — ἐσθῆτι βασιλικῇ κοσμηθείς — au palais des Blachernes dans un pavillon d'où tout le monde pouvait l'apercevoir. Secondé par son premier ministre Lichudès, par Argyre catépan d'Italie, par Psellus (3), il organisa la résistance. Tornikios, soit pour ménager les habitants, soit parce qu'il n'avait pas encore de soldats et de machines de siège en nombre suffisant pour s'emparer de l'immense cité, Tornikios ne tenta pas, en temps utile, l'attaque générale. Un jour la panique fut telle dans la ville qu'il eût pu entrer sans coup férir. Il hésita, et l'occasion perdue ne se représenta plus. Au bout d'une semaine, découragé, il se retira avec son armée sur Arkadiopolis, laissant aux troupes d'Asie et aux contingents bulgares le temps d'arriver (4). Constantin était sauvé. Bientôt les insurgés se soumirent. Tornikios et Batatzès se réfugièrent dans

On lira aussi les §§ 25 et 26 du discours d'actions de grâce de Jean Euchaïte, éd. Lagarde, n° 186, p. 183 et sq.

(1) *Hist.*, p. 138 : ἐγὼ γοῦν καὶ στρατιωτῶν αὐτῶν καὶ πρεσβυτέρων ἀνδρῶν ἐνίων ἀκήκοα ὡς οὐδεὶς ποτέ τῶν τυραννευσάντων εἰς τοῦτο τόλμης ἐλήλυθεν, ὥστε καὶ μηχανήματα πρὸ τῆς πόλεως στῆσαι παρασκευάζεσθαι καὶ τόξα τείνειν ἐπὶ τὰς ἐπάλξεις, τὴν πᾶσαν περιβολὴν τῶν τειχῶν ἔξωθεν στράτῳ περιζωννύων.

(2) Cf. Psell., *Hist.*, p. 137 sq.

(3) Psellus, *op cit.*, p. 140 : εἱστήκειν δ' ἐγὼ πλησίον αὐτῷ (c'est-à-dire le Basileus) τὰ μὲν ἐν δεινῷ τῶν λεγομένων ποιούμενος, τὰ δὲ λόγοις παραμυθούμενος....

(4) Psellus, *Hist.*, p. 145 : ὁ δέ γε αὐτοκράτωρ καὶ τὰς δυνάμεις ἐκ τῆς ἑῴας ἀνακαλεῖται, καὶ, ἐπειδὴ τάχιστα ἐπανεληλύθεσαν, κατὰ τῶν ἑσπερίων ὁμοφύλων ὁμοῦ καὶ βαρβάρων ἀφίησιν.

une église à Bulgrophygon (Kulélu). L'asile ne fut pas respecté. Le soir de Noël on leur creva les yeux (1).

En 1048 les bandes Seldjoukides ne cessent de ravager l'Arménie (2). Le catapan Étienne Lichudès, fils du premier ministre, est pris par elles et écorché vif. Les Turcs s'emparent de la grande ville d'Arzen (Erzeroum) et, bientôt après, infligent aux armées impériales, à Gaboudron, une sanglante défaite (3).

La même année, l'Empire grec avait à repousser en Europe un redoutable envahisseur. Les Petchnègues (Patzinaces) (4), irrités de l'accueil fait à Kégenis en révolte contre leur Khan Tyrach, se jetèrent sur la Bulgarie. Ils furent vaincus. Mais on eut la malheureuse idée de les employer contre les Turcs. Transportés en Asie, les Petchnègues n'y restèrent pas. Ils trouvèrent le moyen de revenir en Europe, reformèrent une armée à Triaditza (Sofia), et se mirent à ravager les terres de l'Empire, sans que le Domestique des Scholes pût, en 1049, les arrêter. Pendant cinq années, il fut impossible de se débarrasser de ces terribles pillards. Tous les généraux envoyés contre eux se faisaient battre (5). Constantin Monomaque n'avait plus qu'un an à vivre, quand, à la fin de 1053, l'horrible guerre prit fin.

(1) Cf. Psellus, *Hist.*, p. 146; Mich. Att., *Hist.*, p. 28; Cédrène, 566; Zonaras, XVII, 23.

(2) L'empereur avait commis la faute de remplacer l'obligation au service militaire des Ibériens par une imposition militaire. Cf. Cédrène, 608 : κατέλυσε δὲ καὶ τὸν Ἰβηρικὸν στρατόν... καὶ ἀντὶ στρατιωτῶν φόρους πολλοὺς ἐπορίζετο ἀπὸ τῶν χωρίων ἐκείνων. C'était dégarnir la frontière ; c'était aussi augmenter — chose grave — l'importance des mercenaires. Cf. Neumann, *op. cit.*, p. 72.

(3) Cf. Schlumberger, *op. cit.*, p. 556 sq.

(4) V. Cédrène, 584 sq.; Zonaras, XVII, 26; Mich. Att., *Hist.*. p. 32 sq., Glycas, 597. Cf. Schlumberger, *op. cit.*, p. 564-594.

(5) Michel Attaleiate, *Hist.*, p. 43, dit que Constantin acheta la paix : ... σπονδαῖς τὸν πόλεμον καταθέμενος συναγωγεῖν ἤρξατο τὰς εὐνοίας αὐτῶν, καὶ τοῖς Ῥωμαικοῖς δώροις καὶ ἀξιώμασι καταμαλάττειν τὸ βαρβαρικὸν αὐτῶν καὶ ἀτάσθαλον ἦθος.

⁂

Le rédacteur de la *Meditatio de nudis pactis* pouvait donc, sans rien exagérer, parler de la misère des temps sous le règne de Constantin Monomaque (1).

Précisons encore plus :

On n'a pas oublié que c'est dans la capitale que s'instruit l'affaire à l'occasion de laquelle la *Meditatio* est écrite. Demandons-nous donc en quelle année du règne de Constantin la situation fut la plus angoissante pour l'empereur et les habitants de la capitale. Est-ce lors de l'approche des Russes en 1043? Est-ce lors de la révolte de Tornikios en 1047? Est-ce enfin lors de l'agression des Petchnègues de 1048 à 1053? Hésiter est permis. Nous pensons qu'il faut se décider pour le temps de la révolte de Tornikios, c'est-à-dire pour la fin de l'année 1047. Quand notre auteur écrit, il croit encore entendre les clameurs des assiégeants, il a encore les yeux pleins d'effrayantes visions; aussi n'a-t-il plus la moindre ambition (2), il pense au juge suprême, à la justice divine (3), et seul le zèle qui l'anime pour le droit le porte à soutenir une discussion juridique (4).

Il reste à savoir quel jurisconsulte vivant sous Constantin Monomaque (5) a pu rédiger la *Meditatio*, et quel

(1) Dans la Novelle περὶ τοῦ νομοφύλακος, § 6, l'empereur vante la paix dont l'Empire jouit : εἰρηνεύει τὸ ὑπήκοον, πολλὴ δὲ γαλήνη τὰ Ῥωμαίων κατέχει. C'est vrai, ou a peu près, pour l'année 1045, mais combien loin de la vérité pour les autres années du règne!

(2) Pr., 1 : τὸ δὲ φιλότιμον ἡ στένωσις καταλέλυκε τῶν καιρῶν.

(3) III, 3.

(4) Pr., 1.

(5) Cf. *suprà*, p. 718, n. 3. Ch.-Guill. Heimbach avait, en 1825, *De Basilicorum origine, fontibus, hodierna conditione*, soutenu que l'auteur de la *Meditatio* était Constantin de Nicée (*videtur hujus meditationis auctor mihi esse Constantinus Nicaenus*), lequel vécut sous Michel Ducas. L'erreur d'Heimbach avait une double cause : d'une part, Constantin de Nicée appelle Stéphane ὁ διδάσκαλος ἡμῶν, *Bas.*, II, p. 576; d'autre part, Assemani, *Biblioth. juris Orientalis*, lib. II, ch. 20, p. 421, soutenait qu'un

est l'important personnage qui lui a opposé une contradiction obstinée.

Notre texte fournit quelques indications, à la vérité ni assez nombreuses, ni assez précises, mais qui pourtant méritent une grande attention.

1° Le rédacteur débute par une profession d'honnêteté et de désintéressement. Il n'est aux gages de personne. Ce n'est point la malveillance qui l'incite à parler, ni l'envie. Ce n'est pas non plus l'ambition, car la misère des temps ne le permet pas (1). Le lecteur ne peut se tenir de demander pourquoi ces déclarations. Pourquoi notre auteur insiste-t-il sur son honnêteté si elle n'a pas été attaquée? Pourquoi proteste-t-il contre tout soupçon de malveillance ou d'ambition, si son impartialité n'a pas été discutée, si son ambition n'a pas été blâmée? Et quand il nous révèle son dessein de mener désormais une vie modeste et qui sera toute à Dieu (2), n'est-ce pas une manière d'annoncer ses projets de retraite, et son désir de renoncer un jour au siècle pour entrer dans un monastère?

2° Notre auteur se vante d'apprendre à qui l'ignore la classification des pactes (3). Ici apparaît le pli professionnel. Nous avons affaire à quelqu'un qui divise méthodiquement sa matière, cite les auteurs, fournit des exemples, interpelle l'auditeur pour mieux forcer son attention. C'est assurément un homme qui a donné beaucoup de leçons de droit et qui est fort enclin à en donner encore.

juriste du nom de Stéphane avait vécu sous Alexis I Comnène. Ch.-G. Heimbach avait pris à la lettre les mots ὁ διδάσκαλος ἡμῶν et vu, dans le Stéphane du temps d'Alexis, le Nomothète dont parle la *Meditatio* : mais il reconnut plus tard son erreur. V. *Bas.*, VI, p. 200. Il n'y a pas eu de Stéphane juriste sous Alexis, et si Constantin de Nicée appelle le Stéphane du vie siècle son maître, c'est parce qu'il en a beaucoup utilisé les écrits.

(1) I, ι.

(2) I, 1 : τῶν σεμνῶς καὶ θεοφιλῶς ζῆν ᾑρημένων.

(3) Pr., 2; IV, pr.

3° Rien de plus curieux que les railleries entremêlées d'objurgations à l'adresse du juge contradicteur. C'est un brave homme, c'est un ami (1), en tout cas c'est une personne que notre auteur connaît bien et de longue date et qu'il peut traiter d'égal à égal, bien que cette personne soit parvenue au faîte des honneurs (2). C'est un homme de bien, excellent sans aucun doute, d'ailleurs le plus subtil des philosophes (3), mais qui n'est pourtant pas à l'abri de tout reproche (4). Son insolence intellectuelle fait peu de cas de l'opinion d'autrui, il ricane quand on parle (5), critique ce qui n'est pas critiquable, se donne des airs de législateur omniscient, apporte des interprétations qui sont le produit d'une imagination qu'on ne sait comment qualifier (6). Il est mal disposé envers les lois qui l'ont rendu illustre, qui l'ont porté au plus haut degré de gloire et de bonheur (7). Et, brochant sur le tout, notre auteur insinue que son adversaire, qui écrit intrépidement sur toute chose, est bien loin de tout savoir (8). Dans une phrase moqueuse et vraiment byzantine par sa subtilité, il le conjure « de ne pas punir comme des coupables ces lois qui l'ont montré coupable » (9). Ce qui ne peut pas évidemment signifier que le juge contradicteur a été frappé par les lois, — s'il en était ainsi on ne le compterait pas au nombre des membres du haut tribunal, — mais ce qui veut dire que l'on ne doit pas écarter comme des coupables (10) les compilations anciennes parce qu'un juge ignorant ou

(1) VI, pr., 2.
(2) VI, 4.
(3) III, pr.
(4) III, 5.
(5) III, 2.
(6) Pr. et 2; VI, pr.; III, 2.
(7) VI, 4.
(8) VII. 19.
(9) VI, 5.
(10) Cf. VI, 3.

partial s'est montré coupable de les ignorer. En parlant de la sorte, notre auteur rendait simplement raillerie pour raillerie. Mais on se souvient qu'il avait auparavant singulièrement élevé le ton et le débat, mis à nu son âme religieuse et ses tendances mystiques, en adjurant son contradicteur de ne pas oublier le juge suprême auquel on rend compte de tout, en rappelant que l'individu le plus vain de sa sagesse et de sa justice, s'il n'observe les divins commandements, ne connaît ni la vraie sagesse ni la justice véritable (1).

4° Enfin, dans la personnification des lois innocentes et bienfaitrices (2), on ne peut se refuser à reconnaître un direct souvenir de la célèbre prosopopée des lois qu'on lit dans le Criton (3). Notre auteur est donc un homme cultivé, et son adversaire un philosophe, un subtil philosophe, qui est à ce point féru des belles imaginations platoniciennes qu'on est certain, quand il veut distinguer entre les lois, rejeter celles-ci, admettre celles-là, de l'embarrasser en lui rappelant quelle vénération et quelle obéissance Platon réclamait pour toutes les lois de la cité.

⁂

Le problème est donc celui-ci : trouver deux hommes dont la vie, pour autant que nous la connaissons, s'accorde avec les indications fournies ci-dessus, deux hommes jurisconsultes et philosophes, unis d'abord, peu à peu divisés, parvenus tous deux aux grandes charges de l'empire, l'un surtout connu comme juriste, juriste également versé dans le vieux droit et le droit récent, mais inclinant comme philosophe vers Aristote, l'autre polygraphe omniscient, très attaché en philosophie aux enseignements de Platon et de l'ancienne Académie. Or,

(1) III, 3.
(2) VI, 3, 4. 5.
(3) Chap. XI-XVII, spécialement le chap. XIII.

parmi les hommes remarquables qui furent les ministres ou les conseillers intimes de Constantin Monomaque, il faut, avant tout, citer Constantin Lichoudès, Xiphilin, Psellus, Mauropus, Michel Cérulaire (1). Esquissons rapidement leur biographie.

Constantin Lichudès (2) est mort patriarche de Constantinople, et nous avons encore l'ἐγκώμιον que Psellus lui a consacré (3). Il entra au Sénat sous Michel le Paphlagonien et devint premier ministre sous Michel le Calfat. Pendant la première moitié du règne de Constantin Monomaque il occupe la même fonction (4). L'Empereur, dit Psellus (5), considérant la royauté comme un port où l'on trouve le calme, abandonne à Lichudès l'exercice du pouvoir. Ce premier ministre était d'ailleurs un administrateur habile, un légiste consommé, un homme qui savait parler et qui savait agir. C'est lui, sans doute, qui conseilla à Constantin de choisir ses fonctionnaires non parmi les plus nobles, mais parmi les plus méritants, et qui fit entrer Psellus, en 1043, à la Chancellerie impériale. On peut croire qu'il contribua de toute son influence à la fondation de la faculté de droit.

Mais son esprit d'économie, sa franchise de langage, que Psellus lui conseillait en vain d'atténuer (6), à la longue, lassèrent l'empereur (7). Il dut abandonner le minis-

(1) Il faut laisser de côté Jean Logothète, successeur de Constantin Lichudès, Voir note 7; car, dit Zonaras, XVII, 28 (B., III, p. 650), ce personnage était d'une ignorance telle qu'il ne pouvait ni parler ni écrire correctement.

(2) Cf. Sathas, prologue du tome IV de la *Biblioth. gr. medii aevi*, p. XXXVII sq.

(3) Sathas, *op. cit.*, IV, p. 388-421.

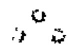
(4) Psellus, *Hist.*, p. 169, 170.

(5) Psellus, *Hist.*, *ibid.* : ὁ αὐτοκράτωρ, ὡς ἐκ μακροῦ τοῦ πελάγου εἰς τοὺς βασιλείους λιμένας κατάρας, ἀναπνευστέα τε αὐτῷ ἐδόκει, καὶ ἐφ' ἑτέρῳ προσώπῳ τὴν τοῦ κράτους ποιεῖται διοίκησιν. Cf. Zonaras, XVIII, 5, p. 670.

(6) *Ibid.*, p. 170.

(7) Zonar., *Epit.*, XVIII, 28, éd. B, III, p. 650 : τοιοῦτος δ' ὢν (Lichudès), ὁπηνίκα τι παρὰ τὸ καθῆκον ἐπέταττεν αὐτῷ ποιῆσαι ὁ βασιλεὺς, οὐκ ἦν

tère et fut remplacé par l'eunuque Jean le Logothète (1). Réalisant alors un projet concerté entre lui, Xiphilin et Psellus, le projet d'embrasser la vie monastique, Lichudès partit pour l'Olympe de Mysie et se fit moine. Notons que Lichudès, proèdre, protovestiaire, conservateur de Manganes, ne cessa pas d'être entouré de la plus haute considération et d'être employé dans les plus importantes affaires (2). En 1059, il succédera à Michel Cerularius sur le trône patriarcal, élu, dit Scylitzès, par les métropolites, le clergé et le peuple (3), sans que l'empereur Isaac Comnène, qui le désirait pour patriarche, trouve rien à redire à ce mode de désignation.



Jean Xiphilin (4) était né à Trébizonde, vers 1010, de parents pauvres et pieux. Déjà nourri de bonnes études, il vint, sous le règne de Romain III Argyre, à Constantinople pour y trouver des moyens d'existence. C'est alors qu'il se lia avec Psellus et fit partie d'un groupe de jeunes gens tous remarquablement doués et tous animés pour l'étude d'une vive passion. Dans ce cénacle, Lichudès et

τῇ προαιρέσει τοῦ κρατοῦντος ἐπικλινής, ἀλλ' αντέλεγέ τε καὶ ἀνεῖργε τοῦ μὴ προσήκοντος. Ὁ δέ ἐχαλέπαινε καὶ πολλάκις τούτου γινομένου ἐμηνία τῇ τοῦ ἀνδρός ἐκείνου ἐλευθερίᾳ, καὶ ἵνα τὸ αντίξουν ἀποφορτίσαιτο, μεθιστᾷ μὲν ἐκεῖνον τῆς τῶν κοινῶν διοικήσεως (ὁ Λειχούδης ἦν οὗτος), ἀντεισάγει δὲ τὸν Ἰωάννην καὶ τούτῳ τὴν τῶν πολιτικῶν ἐγχειρίζει κυβέρνησιν, ἵνα μὴ πρός τινος ἐφ' οἷς ὁρμήσει ἀνείργοιτο.

(1) Gfrörer, *op. cit.*, III, 520, place en 1053 ou 1054 la disgrâce de Lichudès. Nous pensons avec Fischer, *Studien*, p. 18, n. 1, qu'elle eut lieu en 1050.

(2) V. Scylitzès, *Hist.*, B, p. 644. — Lichudès sera encore premier ministre sous Isaac Comnène.

(3) Scylitzès, *ibid.* : παρὰ τῶν μητροπολιτῶν καὶ τοῦ κλήρου καὶ τοῦ λαοῦ παντός. Sur ce texte et le mode de désignation du patriarche, lire d'intéressantes remarques de Fischer, *Studien...*, p. 50-53.

(4) Les brèves indications biographiques qu'on lit dans Mortreuil, III, p. 232, 237, 275; Heimbach, *Encyclopédie* de Ersch et Grüber, 86, p. 388, et *Prolog. Basilicorum*, p. 198, doivent être complétées et corrigées. V. Sathas, *op. cit.*, IV, p. LXI sq., V, p. XV sq.; Fischer, *Studien*, p. 2 sq.

Xiphilin étaient les juristes; Nicetas Byzantios, le grammairien; Jean Mauropus, le littérateur. Quant à Psellus, d'abord philosophe et rhéteur, puis juriste, il s'intéressait à tout, apprenait tout, retenait tout. C'est avec Psellus que Xiphilin entretint les rapports les plus étroits: Psellus apprenait à Xiphilin la philosophie et il en recevait des leçons de droit. — Tant d'efforts obtinrent leur récompense. Après quelques années de judicature, Xiphilin est appelé à diriger la Faculté de droit que venait de fonder Constantin Monomaque (1). Dans quel esprit fut donné l'enseignement de Xiphilin, c'est ce que nous savons par Psellus. « Xiphilin, nous dit-il, était familier avec le vieux droit comme avec le droit récent (2). Il recherchait d'abord les sources anciennes, remontant aux plus hautes, aux plus pures, d'où, comme un fleuve, s'écoule le droit » (3). Et se souvenant de ses maîtres, les néo-platoniciens, Psellus ajoute : « De même que les philosophes,

(1) Dans les œuvres de Jean Euchaïte (éd. Lagarde, 1882, p. 195), se trouve la Novelle de Constantin IX qui fonda ou plutôt rétablit l'ancienne école de droit de Constantinople, si florissante au temps de Justinien. La Novelle a depuis été publiée avec traduction latine par Cozza-Luizi, d'après les papiers d'Angelo Maï, dans les *Studi e documenti di diritto e storia*, 1884, et par Cont. Ferrini, dans l'*Archivio Giuridico*, XXXIII, p. 420-443. On s'accorde à en placer la date en 1045. V. Fischer, *op. cit.*, p. 12, n. 10. Cf. Michel Attal., *Hist.*, p. 21. Cette Novelle est d'un haut intérêt tant pour les idées qu'elle exprime sur le rôle, les droits, les devoirs des Basileis que pour les renseignements de toute sorte qu'elle donne sur l'enseignement juridique et les hommes de loi. — On remarquera l'obligation imposée au directeur de l'école (titré nomophylax) de connaître deux langues (ἑκατέραν δὲ γλῶσσαν σὺν ἀκριβείᾳ πάσῃ προίεται, τὴν ἑλληνικὴν λέγω ταύτην καὶ τὴν ὅσην ῥωμαϊκήν...). On notera aussi la promesse impériale de choisir, *in honoribus adsignandis*, les hommes de talent, promesse qui caractérise la réaction antiaristocratique du règne de Constantin IX. On observera, enfin, que la renaissance des études de droit provoquée par la fondation de l'École, explique bien l'abondance des manuscrits juridiques du XI^e siècle.

(2) Sathas, *op. cit.*, IV (oraison funèbre de Xiphilin), p. 428 : Ἐκεῖνος γοῦν ἐπειδὴ τοῦ νομοῦ ἐπεβεβήκει ἄζονος, καὶ τὸ πλῆθος ἐγνώκει τῆς νομικῆς ἐπιστήμης, καὶ ὡς τὸ μὲν ἀρχαίον, τὸ δὲ νεώτερον....

(3) Sathas, *ibid.*, p. 453 : Ἐπεὶ γὰρ τὰ πρῶτα νόμοις ὁμιλήσειε τὰς πρεσβυτέρας ἐζήτει πηγὰς καὶ τὰς ἔτι ταύτας ἐπαναβεβηκυίας ἀφ' ὧν οὗτοι ποταμηδὸν ἐξεχύθησαν.

recherchant le premier principe, vont, par des processions successives, à ce qu'il y a de plus élevé, à l'*Un* qui est toute chose et au-dessus de toute chose, de même Xiphilin déduisait les lois des lois... tantôt admettant des divisions multiples, et tantôt réduisant les divisions, à l'exemple d'Aristote περὶ τοὺς ἀνέμους, qui, ayant admis autant de vents que de régions du ciel, en ramena le nombre à quatre, puis à deux, suivant l'exemple d'Hippocrate de Cos » (1). Enfin Psellus nous vante encore chez Xiphilin la beauté, la force persuasive d'une parole qui, à l'opposé de la λαμπροφωνία à la mode, savait tout dire et restait claire et simple (2).

Ce fut, peut-être, à l'occasion de la fondation de la Faculté de droit que les liens d'amitié qui unissaient Xiphilin et Psellus commencèrent à se relâcher. Le projet de fonder une grande école avait souri à tout le monde, mais on s'était divisé sur la nature de l'enseignement à donner. Devait-on choisir la philosophie et la rhétorique, ou se décider pour l'enseignement du droit? Les défenseurs des études juridiques se groupaient autour de Xiphilin. Autour de Psellus se rangeaient les philosophes et la troupe stérile des rhéteurs (3). Xiphilin et Psellus sont maintenant adversaires (4). On les connaîtrait mal si l'on pensait que cette première lutte les laissa sans rancune l'un contre l'autre. Ce conflit, d'ailleurs, se termina le mieux du monde. Constantin Monomaque créa deux Facultés (5) : une Faculté de philosophie et

(1) *Ibid.* (oraison funèbre de Xiphilin), IV, p. 454.
(2) *Ibid.*, IV, p. 432, et Apologie contre Ophrydas, IV, p. 187. Cf. Const. περὶ τοῦ νομοφύλακος, § 8, 18, 20.
(3) *Ibid.*, IV, p. 433; Jean Euchaïte, p. 67. Cf. Fischer, *op. cit.*, p. 13 et 14.
(4) Sathas, IV, p. XLIX : καὶ αὐτοὶ δὲ οἱ δύο φίλοι τότε πρῶτον διαιρεθέντες....
(5) Mich. Attaleiates, *Hist.*, p. 21 : μουσεῖον τῆς νομοθετικῆς ἀναγείρας καὶ νομοφύλακα προστησάμενος, ἀλλὰ καὶ τοῦ τῆς φιλοσοφίας οὐρανοβάμονος ἐπεμελήθη μαθήματος, πρόεδρον τῶν φιλοσοφῶν προχειρισάμενος....

rhétorique, dont Psellus fut le chef (1), et une Faculté de droit (2), à la tête de laquelle il plaça Xiphilin avec le titre de nomophylax et rang au Sénat et à la Cour après l'ἐπὶ τῶν κρίσεων (3).

Xiphilin était encore nomophylax quand les intrigues de Michel Cérulaire aboutirent, malgré l'empereur, à la séparation des Églises. Xiphilin et Psellus n'auraient point voulu de la séparation (4). Le patriarche et son parti ne pardonnèrent pas cette opposition. En outre, l'envie qu'excitait la haute faveur des deux ministres ne désarma pas. Ce fut contre eux un concert d'accusations que les tribunaux repoussèrent (5). Alors, à la guerre ouverte succéda la guerre clandestine. Des ennemis ingénieux propageaient toutes sortes de rumeurs malveillantes, notamment le juge Ophrydas (6), que Psellus, rarement à court d'épithètes désobligeantes, appelle un petit vieux idiot : τὸ ἀνόητον ἐκεῖνο γερόντιον (7). Xiphilin et Psellus comprirent qu'il était temps, pour eux, de quitter la Cour. Xiphilin prétexta l'état de sa santé, et, malgré Constantin, qui insistait poliment pour qu'il restât et qui l'appelait sa main droite (8), il se retira en 1054

(1) C'est la σχολὴ τοῦ ἁγίου Πέτρου. V. Sathas, V, p. 87.

(2) La Faculté de droit fut installée dans des bâtiments annexes de l'église de Saint-Georges. Son nom officiel était : διδασκαλεῖον τῶν νόμων. V. Novelle περὶ τοῦ νομοφύλακος, § 10.

(3) Cf. *Ibid.*, § 11 : καὶ ἐναριθμήσεται μὲν τοῖς μεγαλοδόξοις συγκλητικοῖς, ἕξει δὲ καὶ καθέδραν εὐθὺς μετὰ τὸν ἐπὶ τῶν κρίσεων. Cf. *suprà*, p. 336, n. 2. Xiphilin cumulera plus tard le titre de Nomophylax et celui d'ἐπὶ τῶν κρίσεων. V. Sathas, IV, p. LV, n. 2.

(4) Fischer, *op. cit.*, p. 18.

(5) V. les citations à l'appui dans Fischer, *op. cit.*, p. 19.

(6) Cf. *suprà*, p. 297, n. 2.

(7) Sathas, V, p. 182, *in fine*. L'apologie ὑπὲρ τοῦ Νομοφύλακος κατὰ τοῦ Ὀφρυδᾶ est tout entière dans Sathas, V, p. 181-196. Cette apologie n'est pas une plaidoirie, mais un discours académique (V. p. 190 : εἰ μὴ φορτικὸς ὑμῖν, ὦ νέοι). La remarque est de Fischer, *op. cit.*, p. 19, n. 6, qui observe également que le juge Ophrydas était mort quand l'apologie fut prononcée. Sathas a tout à fait raison de dire, V. *Prol.*, p. 16, que cette apologie n'est qu'un tissu de grossièretés.

(8) Sathas, IV, p. 438.

et devint moine dans un monastère du mont Olympe. Psellus, plus goûté du basileus et plus attaché aux honneurs, resta encore quelque temps.

Au mont Olympe, l'action de Xiphilin se fit bientôt sentir. Il inspira aux moines qui l'entouraient, avec l'amour de la théologie et de la philosophie d'Aristote, le goût des spéculations chaldéennes. Le juriste d'autrefois devint un théologien fanatique avec lequel Psellus, qui l'avait enfin rejoint, ne parvint plus à s'entendre. Le moine Psellus n'était ni pour Aristote, ni pour la vie ascétique. Aussi abandonna-t-il peu après et l'Olympe et son ancien ami. Xiphilin, au contraire, resta neuf années dans son monastère et ne le laissa, en 1063, que pour devenir, à son corps défendant, patriarche de Constantinople (1). Il fut un patriarche appliqué à ses devoirs et charitable, mais austère et sévère et pénétré à l'excès de ses droits. Jadis, il avait enseigné la loi civile, maintenant il se fait professeur d'Écriture sainte. Et comme il avait élaboré dans les loisirs silencieux de l'Olympe un système théologico-philosophique tout imprégné d'Aristote et de ce chaldéisme odieux à Psellus, le discord entre les anciens amis s'échauffe et s'aigrit.

⁂

Quand Constantin X Dukas se sentit mourir, il confia à Xiphilin, outre l'écrit dans lequel les sénateurs avaient promis fidélité à son fils Michel, l'écrit dans lequel l'impératrice Eudoxie s'était engagée à ne point se remarier. La rusée Basilissa fit savoir à Xiphilin qu'elle voulait

(1) Xiphilin fut consacré le 2 janvier 1064. Il succédait à Lichudès. Psellus se vante d'avoir dirigé le choix de l'empereur alors régnant, Constantin Dukas; mais, écrit Fischer, p. 24, n. 7, « cela n'est pas croyable, car premièrement, Psellus et Xiphilin s'étaient séparés ennemis, au mont Olympe; ensuite la conduite de Xiphilin, patriarche envers Psellus, contredit à cette affirmation, à moins d'admettre que Xiphilin n'eût pas au cœur une étincelle de reconnaissance ».

épouser Bardas, frère de celui-ci, et obtint du patriarche et des grands l'annulation de son engagement (1). Une fois libre, elle épousa Romain Diogène, dont on sait la fin tragique. Xiphilin survécut à Romain Diogène, et mourut seulement le 2 août 1075. Michel d'Attalie a fait en quelques lignes un juste éloge de ce célèbre patriarche : « C'était un homme sage, parvenu au faîte du savoir, illustre *in rebus civilibus*, vertueux à ce point que, se plaisant à la Cour et investi des plus hautes charges, il embrassa, à la fleur de l'âge, la vie monastique pour mener à l'Olympe la vie d'anachorète. Aussi, quand le patriarche (Constantin Lichudès) mourut, on ne trouva, après de longues recherches, personne qui fût plus digne que Xiphilin d'occuper le trône patriarcal, et, malgré ses refus, il devint patriarche œcuménique et fut la lumière de la Grande Église » (2).

⁂

Michel Cérulaire (3) avait pour père un haut fonctionnaire, garde du Trésor, et pour mère une femme « qui ne vivait que pour Dieu et son mari » (4). Dès l'enfance, il montra des dispositions pour la philosophie et la dialectique, tandis que son frère révélait une nature de poète. Tous deux entrèrent dans une conjuration contre Michel IV. Le complot découvert, Michel Cérulaire, qui avait eu l'idée de se faire empereur, fut déporté et mis au cachot. Le gouvernement voulait le forcer ainsi à se faire moine. Il résista d'abord, mais après le décès de son frère,

(1) Scylitzès, B, p. 665; Zonaras, XVIII, 10, B, p. 685. Cf. Lebeau, *op. cit.*, XIV, p. 464; Gfrörer, *op. cit.*, III, p. 699; Diehl, *op. cit.*, I, p. 523.

(2) Mich. Attal., *Hist.*, p. 92.

(3) Sur Michel Cérulaire, on consultera : Hergenröther, *Photius, Patriarch von Constantinopel, sein Leben, seine Schriften und das griechische Schisma*, 1869, III, p. 730-789; Brehier, *Le schisme oriental du XIe siècle*, 1899, et la bibliographie contenue dans cet ouvrage.

(4) V. Psellus, *Panégyrique de Michel Cérulaire* dans Sathas, IV, p. 307 : ἐπὶ γὰρ τῷ θεῷ ζῶσα καὶ τῷ ἀνδρί.

qu'il aimait tendrement, par désespoir, il céda. Sous Constantin Monomaque, il fut très en faveur. Le basileus voulait qu'il habitât avec lui, mangeât à sa table (1). Constantin lui confiait « les affaires divines et humaines ; il était le lien entre les choses les plus disparates » (2). De simple moine, il devint évêque et syncelle de l'Église patriarcale. En 1042, il succéda, l'empereur le voulant, au patriarche Alexis. Son élection (3) eut lieu à la suite de négociations laborieuses, et, s'il faut en croire Psellus, d'actes de corruption et d'intrigues inavouables (4). Ce fut un pontife austère et autoritaire (5), versé dans la théologie et les sciences occultes, un ami fidèle, un ennemi implacable. Le peuple l'aimait, et il exerça sur tous et sur toutes choses une grande influence. On sait assez qu'il provoqua la rupture des deux Églises. Le 15 juillet 1054 les légats du pape l'excommunièrent, lui et ses adhérents. La scission devint définitive par l'arrêt du haut tribunal patriarcal rendu le 20 juillet et par l'anathème publié le 25 (6).

Quand Michel VI abdiqua, Michel Cérulaire fut le véritable maître de Constantinople et peut-être favorisa-t-il,

(1) Psellus, *ibid.*, p. 324.

(2) *Ibid.*, p. 325 : 'Επεὶ δὲ ἐγνώκει τοῦτον μέτοχον ἅμα τῶν τε θειοτέρων καὶ τῶν ἀνθρωπίνων, ἑκατέροις ἐφίστησι, καὶ δεσμὸν αὐτὸν ποιεῖται τῶν διεστώτων καὶ δι' αὐτοῦ ἀμφοῖν ὁμιλεῖ.

(3) Fischer, *Studien...*, p. 50 : Die Wähler wählten Cerularius, obgleich man ihn am allerwenigsten im Auge gehabt hatte.

(4) V. Bréhier, *op. cit.*, p. 66 sq. On ne sait quelles sont ces intrigues. Peut-être Michel avait-il laissé l'empereur piller le trésor patriarcal ; peut-être avait-il consenti à l'abandon de certains droits patriarcaux dont Michel obtiendra plus tard le rétablissement d'Isaac Comnène. V. Michel Attal., *op. cit.*, p. 60.

(5) Psellus lui reprochait plaisamment de décider de tout comme s'il eût possédé les tablettes de Jupiter. Voir dans Sathas, V, p. 507, la lettre au patriarche Michel Cérulaire.

(6) V. Bréhier, *op. cit.*, p. 113-125 ; Paparrigopoulo, *op. cit.*, IV, p. 321 et s. ; W. Norden, *Das Papsttum und Byzanz*, 1903, p. 23-31 ; et la *Commemoratio brevis rerum a legatis apostolicae sedis Constantinopoli gestarum* (par le cardinal Humbert?) dans Labbe, *Concilia*, IX, p. 991 ; Migne, P. L., CXLIII.

— en tout cas il ne fit rien pour empêcher — les massacres du 30 août 1057 (1). Le lendemain, Isaac Comnène entrait à Constantinople et récompensait le patriarche en lui abandonnant tout contrôle sur le temporel et le personnel de Sainte-Sophie (2). Que Michel Cérulaire ait eu, alors, l'idée de subordonner le pouvoir impérial au sien, de transformer l'autocratie en théocratie, Psellus et Scylitzès semblent le dire (3). Quoi qu'il en soit, Isaac Comnène crut bientôt nécessaire à sa sûreté de faire arrêter par ses Varanges l'ambitieux patriarche. Michel fut transporté à Proconèse dans l'île d'Imbros, puis de là dans une ville du continent, pour y être jugé par un synode d'évêques et quelques hauts fonctionnaires. Psellus, qui était toujours du côté du plus fort, se chargea du rôle d'accusateur. Nous possédons encore le réquisitoire qu'il avait préparé (4). Tout cet appareil judiciaire fut inutile. Le navire qui transportait Michel dut, par suite du mauvais temps, relâcher dans le port de Madyte. C'est là que la mort frappa le patriarche. Son corps fut ramené à Constantinople et enseveli au monastère des Saints Anges. Les Byzantins oublièrent vite ses

(1) V. dans Brehier, *op. cit.*, p. 264, des fragments de la κατηγορία τοῦ ἀρχιέρεως. Psellus accuse formellement le patriarche d'avoir ordonné les massacres : Φόνου γὰρ αὐτῷ αἰτίαν ἐπάγομεν κτλ.

(2) Le texte de Michel Attaleiates, *op. cit.*, p. 60, mérite d'être cité : Τὰ τοῖς βασιλικοῖς δικαίοις προσόντα παρὰ τῶν ἱερατικῶν δίκαια τῇ μεγάλῃ ἐκκλησίᾳ καθιεροῖ, καὶ τούτων ἀλλοτριοῖ παντάπασι τὸ παλάτιον, ὥστε μήτ' ἐπὶ τῆς οἰκονομίας μήτε τῆς τῶν ἱερῶν κειμηλίων προνοίας καὶ προστασίας παρὰ Βασιλέως τινὰ προχειρίζεσθαι, ἀλλὰ τῆς τοῦ πατριάρχου ἐξουσίας ἠρτῆσθαι καὶ τὴν προχείρισιν τῶν προσώπων καὶ τὴν τῶν πραγμάτων διοίκησιν.

(3) Scylitzès, B, p. 643. Le patriarche se mit à porter des brodequins de pourpre. Il soutenait qu'entre le sacerdoce et l'empire il y avait peu de différence, et même que le sacerdoce était plus que l'empire (τὸ πλέον τάχα καὶ ἐρίτιμον).

(4) Bibl. nat., ms. gr. 1182, p. 132-149. Brehier, *op. cit.*, p. 297, énumère les chefs d'accusation : impiété, tyrannie, meurtre, sacrilège, indignité. C'est surtout le goût du patriarche pour le chaldéisme qui lui valait l'accusation d'ασέβεια.

intrigues et son orgueil pour ne voir en lui que le champion persécuté de l'orthodoxie, et quand la nièce de Michel Cérulaire fut devenue impératrice, Psellus se fit l'impudent apologiste de celui qu'il avait accusé (1).

°°°

Jean, métropolite d'Euchaïta — Mauropus est un surnom — compte aussi parmi les personnages remarquables de ce temps (2). Il est orateur, poète. C'est une âme tendre où ne fleurissent que de nobles sentiments. On incline à croire qu'il était né en Paphlagonie vers la fin du xe siècle. De bonne heure il vient à Constantinople, où il habite une maison que son oncle lui avait laissée en héritage. Très instruit, connaissant même le latin, il donna des leçons à de nombreux élèves, et notamment à Psellus, qui écrivit son éloge (3). Ayant entendu vanter les mérites de Mauropus, Constantin Monomaque l'appela à la Cour, probablement en 1044. Son talent et ses vertus lui donnèrent une grande influence. L'Empereur en avait fait son confident et se laissait volontiers diriger par lui (4). Aussi est-ce à lui que le parti des philosophes s'adressa pour obtenir que Psellus eût une chaire de philosophie (5). On sait que l'empereur créa deux Facultés.

(1) V. Sathas, IV, p. 303-387.

(2) Il nous reste de lui des lettres, des discours, des pièces poétiques belles de sentiment et d'une forme très pure. Le tout a été édité d'après une copie de Bollig, bibliothécaire de la Vaticane, par P. de Lagarde, sous le titre : *Johannis Euchaitorum metropolitae quae in codice vaticano graeco 670 supersunt*, Johannes Bollig, S. I. ... descripsit, Paulus de Lagarde, theologiae et philosophiae doctor, in Academia Georgia Augusta professor publicus ordinarius, edidit..., Gottingae, 1882. Cf. Krumbacher, *op. cit.*, 171 sq., 740; Draeseke, dans la *Byzant. Zeitschrift*, II, p. 461-493, et les auteurs cités.

(3) Ἐγκώμιον εἰς Ἰωάννην τὸν θεοσεβέστατον μητροπολίτην Εὐχαΐτων καὶ πρωτοσύγκελλον, dans Sathas, V, p. 142-167.

(4) Psellus, dans Sathas, V, p. 154, *in fine :* θαμά τε ὡμίλει καὶ ἐκοινώνει τῶν ἀπορρήτων.

(5) Fischer, *op. cit.*, p. 13, n. 7.

Mauropus enseigna dans celle qui fut confiée à Psellus. C'est Mauropus qui rédigea la célèbre Constitution concernant la Faculté de droit (1).

Une brusque disgrâce changea la vie de notre personnage. Pourquoi cette disgrâce? On ne sait trop. Fischer (2) croit que Jean Mauropus avait dû entreprendre d'écrire une histoire officielle et qu'on lui défendit ensuite de la publier parce que, dans les jugements qu'elle contenait, on découvrit un excès de franchise (3), un respect maladroit de la vérité. A l'appui de son opinion, Fischer a cité une pièce de vers, — n° 96, édit. Lagarde — intitulée ὅτε ἀπέστη τῆς συγγραφῆς τοῦ χρονογράφου, pièce qu'on peut tenter de traduire ainsi (4) :

« L'historien n'a pas encore menti, mais en vînt-il à mentir dans ce qui reste à écrire (car cela plairait à ceux

(1) On lit dans la pièce n° 94 (Lagarde, p. 50) :

Εἰς τὴν τοῦ νομοφύλακος νεαράν,
Αὐτὸς σκοπήσας πρᾶγμα κοινῇ συμφέρον,
αὐτὸς βασιλεῖ τὸ σκοπηθὲν γνωρίσας,
αὐτὸς τε πείσας, αὐτός ἐστιν ὁ γράφων.

(2) *Beiträge zur historischen Kritik des Leon Diakonos und Michael Psellus*, dans les *Mittheilungen des Instituts für oesterreichische Geschichtsforschung*, VII, p. 364-377.

(3) Psellus dans Sathas, V, p. 154 : τίς δὲ ἕτερος οὕτως... πρὸς βασιλέα πεπαρρησίασται ;

(4) Voici les vers grecs :

ὁ συγγραφεὺς ψεῦδος μὲν οὐκ εἴρηκέ πω,
ψεύσαιτο μέντ' ἂν ἔν γε τοῖς λοιποῖς λόγοις,
οὕτω φιλούντων τῶν κελευόντων τάδε,
ὧν τοῖς ἐπαίνοις ἐντρυφῶν τὸ βιβλίον,
ὅμως ἔδοξεν ἐνδεέστερον λέγειν·
ἐξουσία κρότων γὰρ οὐκ οἶδεν κόρον.
οὐκοῦν ἀφείσθω ταῦτα τοῖς ἐγκωμίοις·
ἡ συγγραφὴ δὲ μὴ προχωρείτω πλέον·
οὐκ εὐφυῶς γὰρ πρὸς τὰ τοῦ ψεύδους ἔχει,
νόμος τε ταύτην ἐκ τροπῆς ἀποτρέπει.
ἐνταῦθα τοίνυν τὸν δρόμον παύει τέως,
ἕως κατ' εὐθὺ δῷ τις αὐτῇ τὰ τρέχειν.

qui commandent), même si l'ouvrage regorgeait de louanges, il ne paraîtrait pas en dire encore assez. L'autorité ne connaît pas la satiété des applaudissements. Laissons donc cela aux panégyristes. Et que cette histoire n'aille pas plus avant, elle n'est pas habile au mensonge, et sa loi la détourne des détours. Qu'elle cesse donc d'avancer jusqu'à ce qu'on lui donne de reprendre sa course ».

Fischer, et d'autres après lui, ont vu dans les derniers vers la preuve d'une censure officielle. Certes, il est vraisemblable qu'une censure a existé à Byzance. Mais que notre pièce le prouve, c'est douteux. La loi dont parle le poète est bien plutôt la loi du genre historique que la décision de l'autorité (Machtspruch) détournant l'ouvrage de sa voie (1). Notre pièce prouve simplement que l'ouvrage avait déplu, et que l'auteur, voyant le mauvais effet produit à la Cour, renonça à l'achever. Une autre pièce nous apprend qu'il déchira son manuscrit (2).

Quoi qu'il en soit, Mauropus fut envoyé, en 1046, comme métropolite à Euchaïta, dans le thème arméniaque, pays presque désert. Cependant Psellus réussit peu à peu à apaiser l'empereur (3). Jean Mauropus revint en 1047 dans la capitale, au moins pour quelque temps. Il y était lors de la révolte de Tornikios (4).

Draeseke s'est demandé quelle avait été l'attitude de Mauropus dans le conflit avec Rome. Naturellement paci-

(1) Draesekė, *op. cit.*, p. 476. traduit ainsi le dixième vers : « Ein Machtspruch ist's, der jetzt es lenkt aus seiner Bahn ». Mais cette traduction, outre qu'elle force le sens des mots νόμος et τροπή, ne rend pas du tout le jeu de mots : ἐκ τροπῆς ἀποτρέπει. A Berndt. *Joannes Mauropus' Gedichte ausgewählt und metrisch übersetzt*, Plauen i. V., 1887, p. 26, traduit : « Und diesen Grundsatz hielt er auf im Siegeslauf ». Ce qui est inadmissible.

(2) V. éd. Lagarde, n° 54, p. 28. Quelle douleur lui causa ce sacrifice, c'est ce que le poète exprime en se comparant au loup d'Arabie qui met en pièces sa propre image, et en souhaitant que l'accusateur (ὁ γράψας) subisse le déchirement que l'accusé (ὁ γράφεις) a subi.

(3) V. Lettre de Psellus à Jean Mauropus, dans Sathas, V, p. 314.

(4) Cf. Schütte, *op. cit.*, p. 6.

fique, il dut éviter de prendre parti tant qu'il put. Entre son amitié pour Michel Cérulaire et son dévouement à l'Empereur, choisir était mal commode. Finalement il se rangea parmi les adversaires de la rupture, et son nom manque dans les souscriptions du synode de juillet 1054.

Jean Mauropus survécut peu à Constantin. Il lui survécut cependant assez pour faire à l'Empereur décédé une fort belle épitaphe qu'on trouvera, dans l'édition de Lagarde, sous le numéro 81.

⁂

Psellus est un des grands noms de l'histoire des lettres byzantines (1). « Il jouirait, écrit Neumann (2), d'une réputation universelle pareille à celle des grands humanistes de la Renaissance italienne, si un sort envieux n'eût pas enfoui, jusqu'à ces derniers temps, ses œuvres les plus caractéristiques dans les manuscrits des bibliothèques ». Il va de soi qu'une étude de Psellus ne serait pas à sa place ici. Le lecteur trouvera de quoi se renseigner sur l'homme dans les écrits de Sathas (3), Fischer (4), Neumann, Rambaud (5), Diehl (6), Hesseling (7), Rhodius (8), Schlumberger (9), etc., et sur ses

(1) Prantl, *Gesch. der Logik*, II, p. 261, voulait appeler « période de Psellus » la période de l'histoire de la philosophie qui va du XIIIe au XVe siècle. Cf. Janet et Séailles, *Histoire de la Philosophie*, p. 508. — Il y a eu, au début du IXe siècle, un autre Psellus, dit Psellus l'ancien ou l'aîné, dont on ne sait à peu près rien. Cf. Schoell, *Histoire de la littérature grecque*, VII, p. 199.

(2) *Op. cit.*, p. 82 sq.

(3) *Bibl. gr. med. aevi*, IV, p. I-CXVIII et V, p. ε̄-πδ'.

(4) *Studien zur byzantinischen Geschichte des elften Jahrhunderts*, p. 159, et *Beiträge zur historischen Kritik des Leon Diakonos und Michael Psellos.*

(5) *Études sur l'histoire byzantine*, p. 111 sq.

(6) *Figures byzantines*, I², 1906, p. 291 sq.

(7) *Essai sur la civilisation byzantine*, Paris, 1907, p. 287 sq.

(8) *Beiträge zur Lebensgeschichte und zu den Briefen des Psellos*, Plauen i. V., 1892, et sur cette étude de Rhodius, l'article de H. Seger, dans la *Byzant. Zeit.*, II, p. 148-151.

(9) *Op. cit.*, *passim.*

œuvres dans l'histoire de la littérature byzantine de Schoell, dans celle de Nicolaï et surtout dans celle de Krumbacher. Une courte esquisse biographique est cependant nécessaire.

Constantin, ou plutôt Constas Psellus (Michel est son nom de moine), naquit à Constantinople (1) ou à Nicomédie (2) vers 1018. Son père, d'une famille qui avait, paraît-il, fourni à l'État des consuls et des patrices, ne possédait qu'un modeste avoir. C'était un petit commerçant, excellent homme « qui, nous dit son fils, parcourut la vie légèrement... d'une marche toujours égale, comme l'huile qui coule sans bruit » (3). Sa mère Théodote semble avoir été une femme intelligente, instruite, fort pieuse, et ardemment dévouée à son fils. Psellus commença par être un écolier prodige. C'est pourquoi sa mère, prévoyant pour lui un brillant avenir, lui fit prolonger ses études au delà du temps habituel. Cependant la médiocrité des ressources paternelles obligea bientôt Psellus à suivre, à peine âgé de seize ans, en qualité de commis, un *exacteur* d'impôts qui se rendait en province. La mort de sa sœur aînée (4) le rappelle à Constantinople. Il y complète ses études (5). Pour se procurer un complément de ressources, il donne lui-même des leçons (6).

(1) Sathas, IV, p. xxx, et V, p. 28.

(2) Michel Attaleiates, *Hist.*, p. 296, 10. Cf. Seger, *op. cit.*, p. 150. Dans une lettre (Sathas, V, p. 378), Psellus déclare qu'il est né près du monastère τῶν Ναρσοῦ. Sathas veut que le destinataire de la lettre soit le juge de l'Hellade, mais rien n'est moins prouvé. D'après Seger, le monastère pourrait bien être situé près de Nicomédie.

(3) Le texte grec, V. Sathas, V, p. 19, *in fine*, porte : κούφως τε διιὼν καὶ ἀπταίστως καὶ ὁμαλῶς οἷον ἐλαίου ῥεῦμα ῥέον ἀψοφητί. J'ai emprunté la traduction que Rambaud, *op. cit.*, p. 118, a faite de ce passage de l'Ἐγκώμιον εἰς τὴν μητέρα.

(4) Psellus eut deux sœurs, toutes deux nées avant lui. La plus jeune mourut en bas âge.

(5) C'est alors qu'il a pour maître Nicetas Byzantius et Jean Mauropus. Cf. Sathas, V, p. 87-96 et 142-167.

(6) Pour le même motif, il doit, pendant quelque temps, se mettre au

S'étant lié avec Xiphilin, il apprend à Xiphilin la philosophie, et celui-ci, en retour, lui apprend le droit. L'amitié de ces deux hommes mêle longtemps leur vie (1).

Un autre camarade d'études était ce Constantin Lichudès dont nous avons déjà parlé (2). Parvenu le premier aux hauts emplois, Lichudès y poussera graduellement ses amis. Psellus fut d'abord un modeste employé du secrétariat impérial sous Michel IV et Michel le Calfat (3). Mais il a du savoir, du savoir-faire, du savoir-vivre. Il se meut avec aisance et profit au milieu des intrigues et des révolutions du Palais. Peu à peu sa chevance augmente. Il sait plaire à Constantin Monomaque dont il devient ministre (4). La fortune le favorise au point de lui donner pour femme une princesse de race impériale (5). Du reste il ne cesse pas d'étudier. Personne n'a eu plus que lui la curiosité d'apprendre, et n'a mieux ressenti la volupté de connaître. Il se donne à la rhétorique pour bien parler, à la philosophie pour bien

service d'un percepteur d'impôts, Florus, qu'il suit en Mésopotamie. V. Sathas, V, p. 459 (lettre n° 180).

(1) Sathas, IV, p. XXXVI et p. 428 sq. Cf. Fischer, *Studien*, p. 6; Rhodius, *op. cit.*, p. 3.

(2) V. *suprà*, p. 732.

(3) Psellus, *Hist.*, p. 82 : Ἐγὼ γοῦν τηνικαῦτα πρὸ τῶν βασιλείων εἰστήκειν εἰσόδων, πόρρωθεν ὑπογραμματεύων τῷ βασιλεῖ καὶ ἄρτι μεμυημένος τὰ προεισόδια. Cf. Sathas, IV, p. XXXVII. Sur les misères, les jalousies, les disputes des employés, on lira dans Rodhius, *op. cit.*, p. 3, la traduction d'un extrait de la correspondance de Psellus.

(4) Au besoin et pour rester bien en cour, Psellus se prosterne aussi bas qu'il peut. Son éloge de Monomaque ὦ Βασιλεῦ ἥλιε, V. Sathas, V, p. 106 sq., contient de telles hyperboles que même les Byzantins en furent scandalisés. Dans le Timarion (imitation de la Nekyomantie de Lucien, du XII° siècle, éditée par Hase, *Notice et extraits des manuscrits*, IX, 1812, 2° partie, 163-246), on crie sans cesse à Psellus, pour se moquer de ses flagorneries : ὦ Βασιλεῦ ἥλιε. Cf. Sathas, IV, p. CX.

(5) De ce mariage naquit une fille, Styliane, morte πρὸ ὥρας γάμου, dont nous avons l'oraison funèbre prononcée par Psellus. Cf. Sathas, V, p. 63. Psellus aura ensuite une fille adoptive qu'il mariera à Elpidius (V. *suprà*, p. 335), avec lequel il finira par avoir un procès. Cf. dans Sathas, V, p. 203, la Δικαστικὴ ἀπόφασις κατὰ Ψέλλου, et p. LXV, n. 2.

penser (1). Il va d'Aristote à Platon, de Platon à Plotin, à Porphyre, à Jamblique, à « l'admirable Proclus » (2), écoutant tour à tour ces grandes voix du platonisme qui sont parmi les plus belles, les plus attirantes que l'humanité ait entendues. Il s'initie enfin à cette philosophie supérieure que remplit le mystère du verbe incarné (3).

Une fois directeur de la Faculté de philosophie, il y distribue un enseignement qu'on vient écouter de toutes parts; il y défend la philosophie de Platon, car il est pour Platon contre Aristote (4), contre Xiphilin, contre les doctrines des astrologues et les superstitions chaldéennes (5), contre l'Église même qui s'*aristotélise* (6). Son admiration pour Platon, pour son Platon, ἐμός ὁ Πλάτων (7), lui fait voir dans le grand philosophe un précurseur du christianisme. Et cette admiration fut si communicative que, tout d'abord, Michel Cérulaire la partagea et envoya ses neveux entendre les leçons de

(1) Psell., *Hist.*, p. 107.

(2) Psellus, *Hist.*, p. 108 : Ἐντεῦθεν οὖν ὁρμηθεὶς αὖθις ὥσπερ περίοδον ἐκπληρῶν ες Πλωτίνους καὶ Πορφυρίους καὶ Ἰαμβλίχους κατῄειν, μεθ' οὓς ὁδῷ προβαίνων εἰς τὸν θαυμασιώτατον Πρόκλον ὡς ἐπὶ λιμένα μέγιστον κατασχών, πᾶσαν ἐκεῖθεν ἔπιστήμην τε καὶ νοήσεων ἀκρίβειαν ἔπεισα.

(3) *Ibid.*, p. 109 : ... ἐστί τις καὶ ὑπὲρ ταύτην ἑτέρα φιλοσοφία, ἣν τὸ τοῦ καθ' ἡμᾶς λόγου μυστήριον συμπληροῖ.

(4) Il ne faut pas accepter, sans précautions, l'attribution à Psellus de certains traités sur Aristote. V. Krumbacher, *op. cit.*, p. 436, *in fine*.

(5) On trouvera dans Migne, *P. G.*, CXXII, p. 1123 sq., un commentaire sur les oracles chaldéens de Zoroastre et un précis de la doctrine des Chaldéens.

(6) Expression de Sathas, IV, p. LI : ἡ ἀριστοτελίζουσα ἐκκλησία.

(7) Ces mots reviennent plusieurs fois dans la lettre nº 175, Sathas, V, p. 444-451, que Psellus adresse au patriarche Xiphilin. — Une pièce de Jean Mauropus, nº 43 (Lagarde, p. 24), fournit un touchant témoignage de l'admiration qu'on avait à Byzance pour Platon, et (ce qui n'eût pas étonné notre Montaigne) pour Plutarque. Mauropus écrit : « Si tu veux soustraire quelques payens à l'effet de tes menaces, ô mon Christ, épargne Plutarque et Platon : ils sont par leur parole et par leur vie naturellement si proches de ta loi! S'ils ont ignoré que tu es le Dieu souverain, il n'est besoin que de ta grâce, ô toi qui veux nous sauver tous gratuitement »

Psellus (1). Au contraire, Xiphilin, « soit par jalousie, soit par conviction aristotélique... voyait d'un mauvais œil l'exaltation, le triomphe du platonisme » (2), et de tout le fracas philosophique de son ami n'augurait rien de bon.

On a déjà dit que Constantin Monomaque se lassa à la longue des conseillers dont il s'était d'abord entouré (3). Il laissa partir ou renvoya Lichudès, Mauropus, Xiphilin. Psellus, mieux en Cour, resta après le départ de ses amis. Mais comme Xiphilin et lui s'étaient réciproquement promis d'embrasser la vie monastique (4), une fois Xiphilin parti, Psellus se décida à devenir moine sous le nom de Michel. Cela se passait en novembre ou décembre 1054. Psellus voulut aussitôt rejoindre Xiphilin (5), mais l'Empereur l'en empêcha. C'est seulement après la mort de Constantin, survenue le 11 janvier 1055, que Psellus put réaliser son projet (6).

Doué d'une fine sensibilité d'artiste, Psellus commença par goûter, près de son ami, les joies les plus vives (7). Tout, à l'Olympe, lui est un sujet d'enchantement : beauté des eaux, beauté des monts, beauté des forêts (8). Mais ce pieux et poétique enthousiasme ne dura pas. Psellus vit avec stupeur Xiphilin « maintenant indifférent aux grâces du langage, n'écouter plus que l'esprit divin, et préférer la méditation aux entretiens de son ami » (9). Bientôt Psellus ne pense plus qu'à s'en aller. Il revient à Byzance où son retour fait scandale. Un certain moine

(1) V. Ἐπιτάφιος εἰς Κηρουλλάριον, Sath., IV, p. 352.
(2) Sathas, IV, p. CIV.
(3) V. *suprà*, p. 732, 736, 737.
(4) Psell., *Hist.*, p. 175-178.
(5) V. lettre 101, Sath., V, p. 343; Cf. Rhodius, *op. cit.*, p. 6.
(6) Sath., IV, p. LXVI et p. 441.
(7) Rambaud, *op. cit.*, p. 149.
(8) Ἐπιτάφιος εἰς Ξιφιλῖνον, Sathas, IV, p. 442 sq. Cf. dans Migne, CXXXVI, p. 1331 : τὰ πρὸς Ὄλυμπον.
(9) Sath., IV, p. LXVII; Rambaud, p. 150.

Jacob compara Psellus à Jupiter laissant l'Olympe parce que les belles déesses n'y sont plus. Psellus répondit à Jacob de la bonne encre, ou, pour mieux dire, d'une encre un peu fangeuse, par une pièce en prose en forme d'acrostiche, d'une inexcusable grossièreté (1).

Théodora régnait alors. Elle reçut bien Psellus (2), mais confia le pouvoir à Léon Strabospondyle. L'impératrice ne consulta même pas Psellus pour le choix qu'elle fit de son successeur au trône, Michel Stratiotique. Quand éclata la révolte des généraux, révolte qui mit l'énergique Isaac Comnène sur le trône, Michel Stratiotique eut recours aux talents diplomatiques de Psellus, lequel négocia beaucoup pour lui-même et très peu pour Michel VI (3). Une fois empereur, Isaac Comnène prit Psellus pour un de ses ministres et lui donna la présidence du Sénat. Psellus fut pour Isaac, qui l'aimait beaucoup, un serviteur obéissant au point de rédiger l'acte d'accusation contre Michel Cérulaire (4). Mais Isaac ne régna pas longtemps; atteint d'une pleurésie, gêné dans son gouvernement par la silencieuse opposition des bureaux (5), il manifesta l'intention d'abandonner le trône pour se faire moine, et Psellus, mettant au large sa conscience, précipita la nomination de Constantin Dukas (6). Sous le nouveau Basileus, Psellus est encore en faveur, il est l'homme de confiance de l'empereur, son commensal (7), le précepteur de son fils. A la vérité, l'impératrice

(1) On trouvera dans Sathas, V, p. 177, le quatrain du moine Jacob et l'acrostiche de Psellus, parodie du canon de la messe. Cf. Rambaud, *op. cit.*, p. 151 et Krumbacher, *op. cit.*, p. 681.

(2) V. Psell., *Hist.*, p. 184 sq.

(3) Michel VI envoya Psellus à Nicomédie avec Lichudès et Alopus pour proposer à Isaac Comnène le titre de César. V. Psellus, *Hist.*, p. 1893; Cédrène, II, 632; Zonaras, XVIII, 3. Cf. Brehier, *op. cit.*, p. 255; Schlumberger, *op. cit.*, p. 803.

(4) V. *suprà*, p. 740, n. 4.

(5) V. Gelzer dans la *Geschichte*[2] de Krumbacher, p. 1059.

(6) Rambaud, *op. cit.*, p. 157.

(7) Psell., *Hist.*, p. 233.

Eudokia Makrembolitissa, étant nièce de Michel Cérulaire, avait quelques raisons d'en vouloir à Psellus. Mais c'était une jolie femme, une femme de lettres, et, sans aller jusqu'à croire, comme Sathas, que Psellus ait écrit avec elle le *Violarium* (1-2), on peut penser que notre philosophe sut apaiser le ressentiment d'Eudoxie en faisant le panégyrique de Michel Cérulaire, et surtout en louant adroitement, dans la souveraine, la beauté de la femme et le talent de l'écrivain. Le second mari d'Eudoxie, Romain Diogène, emmena notre philosophe en Asie : Psellus ne savait-il pas la stratégie, la tactique, la poliorcétique, tout comme le droit, la médecine, la théologie, et le reste (3)? Mais Psellus était de retour à Constantinople quand l'émeute des soldats de la garde détrôna Romain Diogène. On sait comment fut traité le vaincu de Mantziciert (4). De l'horrible supplice où brusquement apparaît, comme en raccourci, la cruauté dont était capable une société polie, Psellus est-il entièrement innocent? Il l'a soutenu dans la lettre bien connue qu'il écrivit à Romain mourant (5). Et peut-être ne ment-il pas. Mais il est certain qu'il ne fut pas étranger à la chute du malheureux Basileus, et qu'il

(1) Sathas, *Annuaire de l'association pour l'encouragement des études grecques*, 1875, IX, p. 193, n. 1; *Documents inédits relatifs à l'histoire de la Grèce*, I (1888), p. xi; *Bibliotheca graeca medii aevi*, V, p. λβ'. Il est aujourd'hui certain que le *Violarium* a été composé vers l'an 1543 par le grec Constantin Palaeokappa. Villoison l'édita dans le tome I de ses *Anecdota graeca*, en 1781; Flach en a donné une édition dans la bibliothèque de Teubner.

(2) Psellus, *Hist.*, p. 244, 31, donne un détail curieux. Les pères d'Eudoxie et Psellus étaient frères ἐκ πνευματικῆς διαθέσεως. Ce texte prouve la persistance de l'ἀδελφοποιΐα à notre époque. Cf. Πεῖρα, XLIV, 11.

(3) *Hist.*, p. 249, 225, 183, 184, 78, etc.

(4) Scylitzès, 704; Zonaras, XVIII, 15. Cf. Schlumberger, *Les îles des Princes*, 1884, p. 58-63.

(5) Cette lettre πρὸς τὸν Διογένην ὅτε ἐτυφλώθη est imprimée deux fois dans Sathas, *Bibl. gr. med. aevi*, IV, p. xcvii et V, p. 316. Elle est aussi, reproduite, avec traduction de Hase, dans le recueil des historiens des Croisades, *Hist. grecs*, I, 49.

vit avec joie Michel Dukas devenir le maître (1).

En 1077, l'élève de Psellus, Michel Dukas, dont Psellus n'avait réussi à faire qu'un pédant malhonnête (2), fut contraint de descendre du trône et d'embrasser la vie monastique. On pense communément que Psellus l'avait déjà précédé au monastère et qu'il mourut vers 1078 (3).

⁂

Nous connaissons maintenant les personnages parmi lesquels il faut chercher, à notre estime, le rédacteur de la *Meditatio* et son contradicteur.

On tombera aisément d'accord pour écarter Jean Mauropus, qui n'est qu'un poète et un rhéteur, et que d'ailleurs ses vertus mettaient à l'abri de toute calomnie. — Doit-on penser à Michel Cérulaire? Michel, il est vrai, est un philosophe, et un homme très influent sous Constantin Monomaque, mais on ne voit pas qu'il ait été juriste, et surtout qu'il ait dû à une réputation de légiste sa grande situation. D'ailleurs, dès 1042, il occupe le trône patriarcal, et c'est beaucoup plus tard que notre procès vient devant le tribunal impérial (4).

Pour Constantin Lichudès on hésitera davantage. Il fut

(1) Psell., *Hist.*, p. 253; cf. Zonaras, XVIII, 15. Le cri de la conscience humaine outragée par tant de trahisons et tant de cruautés, ce n'est pas Psellus, c'est Michel Attaleiates qui l'a poussé. Il n'est rien de plus émouvant que les réflexions de Michel Attaleiates sur la mort de Romain et que son appel à la justice divine.

(2) On sait que le ministre favori et tout-puissant de Michel Ducas fut Nicephoritze et non pas Psellus. C'est Nicephoritze qui donna à Michel l'idée d'accumuler à Rhedeste les moissons de la Thrace pour en monopoliser la vente. Il vendait le boisseau (*medimnus*) un nomisme, mais le médimne était diminué d'un quart : ἀλλὰ παρὰ πινάκιον (le πινάκιον ou πίναξ était le quart du médimne). C'est pour cela que Michel Ducas fut surnommé παραπινάκης. Cf. Zonaras, XVIII, 16; Scylitzès, B, p. 714; B, Glykas, p. 614.

(3) V. Anna Comnène, *Alexias*, I, p. 260, 6; cf. Sathas, *op. cit.*, IV, p. CIV, n. 12. Toutefois, Mich. Att., *Hist.*, p. 296, paraît bien dire que notre Psellus fut encore ministre sous Nicéphore Botoniate. Cf. *Byz. Zeit.*, II, p. 151.

(4) V. *suprà*, p. 738.

premier ministre. Même après avoir cessé de l'être, il reste un très grand personnage dans l'État. Cependant nous renonçons à fixer sur lui notre choix. Les indications de la *Meditatio* ne peuvent se rapporter à lui : sa loyauté, son désintéressement, sa fermeté, sa piété étaient notoires (1). Ce n'est pas à lui qu'il fallait rappeler le tribunal des dernières justices, ni que le juge suprême demandera un compte sévère de nos actes d'ici-bas. Ce n'est pas lui qui sentira le besoin de proclamer une honnêteté que personne n'a mise en doute.

Nos recherches semblent donc limitées à Xiphilin et à Psellus (2).

L'auteur de la *Meditatio* serait-il Xiphilin? Pourquoi non? Xiphilin avait cet art des classifications qu'on retrouve, appliqué aux pactes, dans la *Meditatio*. Il était versé dans le droit ancien, et avait l'habitude d'y remonter pour expliquer et compléter le droit nouveau. Le ton de pédagogue, qui surprend et choque d'abord dans notre texte (3), est assez naturel chez un homme qui fait profession d'enseigner et qui dirige la grande école de droit de Constantinople. Enfin l'auteur de la *Meditatio*, on s'en souvient (4), oppose aux pactes non munis d'actions les pactes qui, tout en ayant la dénomination générale de contrat, sont sanctionnés par les actions qui conviennent, et les pactes qui, n'ayant pas l'appellation spéciale d'un contrat, sont cependant munis d'actions.

(1) Zonar., XVIII, 5, B, p. 670 : ἄνδρα ταῖς τῶν κοινῶν πραγμάτων ἐπὶ μακρὸν ἐμπρέψαντα διοικήσεσι καὶ ἀνέγκλητον διαμείναντα.

(2) On ne peut penser à Michel Attaleiates comme auteur de la *Meditatio*, bien que l'appel à la justice divine que fait cet historien à propos de la révolte de Tornikios, *Hist.*, p. 19, et à propos du supplice de Romain Diogène, V. *suprà*, p. 751, n. 1, ressemble quelque peu à l'appel fait à la même justice dans notre texte, III, 3. En effet, Michel Attaleiates est un juriste, mais non un philosophe; en outre, il n'arrive à un poste important que sous Constantin Ducas, V. Nissen, *op. cit.*, p. 25, et enfin on n'a jamais pu dire de lui qu'il avait atteint le faîte des honneurs.

(3) V. *suprà*, p. 729.

(4) II, 1, 2.

Or, Psellus, dans l'oraison funèbre de Xiphilin, écrit (1) : τίς οὕτως τῶν ἐνοχῶν τὰς ἀγωγὰς ἀπεγέννησε, τὰ πλείω ἀπὸ τῶν ἐλαττόνων, ὥσπερ δὴ κἀκείνας ἀπὸ τοῦ ὁμωνύμου ὀνόματος; ainsi Xiphilin excellait à dériver les actions des obligations, utilisant l'identité de dénomination générale pour les multiplier. En rédigeant ce passage de l'oraison funèbre, il semble que Psellus se souvienne encore, après de longues années (2), de la vive discussion juridique dont les pactes sanctionnés et non sanctionnés avaient été l'objet entre Xiphilin et lui (3).

Quant aux protestations d'honnêteté et de désintéressement qu'on lit au début de la *Meditatio*, elles sont là pour répondre aux calomnies qu'on fit courir sur le compte de Xiphilin aussitôt qu'il fut en faveur.

Enfin, le désir de mener une vie toute à Dieu que notre auteur exprime, Xiphilin, comme on sait, le réalisa en se retirant au mont Olympe et en se faisant moine.

Il est vrai que Xiphilin n'aimait guère Platon et lui préférait Aristote, mais lui était-il interdit pour cela de faire allusion à un texte du Criton? Dans la haute société byzantine, platoniciens et antiplatoniciens connaissaient à merveille l'ancienne littérature grecque. La prosopopée des lois était un texte classique fixé dans toutes les mémoires. Ne l'est-elle pas encore aujourd'hui dans la mémoire des gens cultivés? L'opposer à un adversaire connu par son attachement au platonisme, c'était combattre l'adversaire avec ses propres armes.

Ainsi s'est précisée dans notre esprit l'idée que l'interlocuteur de Xiphilin pourrait bien être Psellus.

⁂

Cette idée est-elle admissible?

On est d'abord tenté de répondre non. Psellus, en effet,

(1) Sath., IV, p. 15.
(2) Xiphilin est mort en 1075. V. *suprà*, p. 738, n. 2.
(3) *Aliter*, Fischer, *op. cit.*, p. 16, n. 8.

dans la *Synopsis legum*, expose, sur les sources du droit, une manière de voir qui n'est pas celle que l'auteur de la *Meditatio* attribue à son adversaire.

Cependant, examinons et pesons les arguments pour ou contre notre idée.

Psellus fut, pour Xiphilin, un ami de jeunesse. C'est Xiphilin qui lui a appris le droit. Ainsi s'explique très bien le ton de pédagogue agacé que prend Xiphilin quand son ancien élève prétend lui faire la leçon (1). Psellus est aussi un philosophe, le plus grand, le plus subtil des philosophes de son temps. Xiphilin le sait bien, puisque Psellus a été son maître de philosophie, et il le reconnaît, quoique d'assez mauvaise grâce (2). Enfin Psellus, grâce à ses connaissances juridiques et à son talent de parole, est devenu un avocat célèbre, et s'est hissé aux plus hautes fonctions. C'est encore ce que constate notre auteur (3). — Ajoutons que Psellus était vaniteux, railleur, facilement irritable (4), comme notre texte le laisse entendre. Entre Xiphilin et lui les différences de caractère et de tempérament sont grandes, et de bonne heure doivent amener quelques heurts. La brouille, selon toute vraisemblance, commença avec les prétentions opposées des juristes et des philosophes, lors de la création de l'enseignement supérieur. Elle fut d'abord peu de chose. Mais les tendances philosophiques contraires, en diverses circonstances, l'aggravèrent. Au mont Olympe, Xiphilin et Psellus ne s'entendent plus du tout. Xiphilin a deviné tout ce que la nature morale de l'ami de sa jeunesse enfermait de faiblesse et même de bassesse, et Psellus ne voit plus guère dans Xiphilin

(1) Pr., 2; III, 2, 3, 15; IV, 1; V, 11, 12, 14, 20, 35; VI, pr., 8, 11, 17, 26; VII, 1, 19; VIII, 4.

(2) VI, 24.

(3) VI, 4.

(4) Qu'on se rappelle le discours κατὰ τοῦ Ὀφρυδᾶ, V. *suprà*, p. 736, n. 7, et l'acrostiche contre le moine Jacob, V. *suprà*, p. 749, n. 1.

qu'un moine fanatique et maladroit, vertueux et insupportable. Même après la mort de Xiphilin, même à l'ambon de Sainte-Sophie, quand Psellus va, en 1075, célébrer les vertus et les talents du patriarche défunt, quelque chose de l'ancienne rancune lui remonte au cœur. Sathas a très justement observé que Psellus, « après avoir fait un éloge très pompeux de son ami, finit par une apostrophe très sarcastique à son ombre et se moque très amèrement de ses idées théologiques qui, loin d'être chrétiennes, n'étaient que les dogmes étranges des Chaldéens » (1).

A l'époque de notre procès, l'amitié n'est pas encore tout à fait brisée, mais les causes de discorde apparaissent déjà. Xiphilin s'émeut à voir Psellus si différent de lui. Il s'irrite de le trouver si vain de sa sagesse et de sa science platonicienne. Psellus, de son côté, mécontent de trouver en son ami un juge perspicace et sévère, s'abandonne peu à peu à son esprit de raillerie et à ses habitudes de sarcasme.

Mais, dira-t-on, si Psellus est le juge qui contredit notre auteur, comment expliquer que, dans la *Synopsis legum*, Psellus accorde une valeur légale au Digeste, au Code, aux Novelles? Écoutons-le parler à son impérial élève (2) :

(1) *Annuaire de l'association pour l'encouragement des études grecques*, Paris, 1875, p. 179.

(2) Voici le texte grec :

Πρῶτον δ' ἑρμηνευτεόν σοι, πόσα τοῦ νόμου μέρη.
Τὸ μὲν γὰρ τούτων Κώδικος οὕτως ὠνομασμένον,
Πτυχίον δωδεκάβιβλον, ὃ φασι διατάξεις·
Ἔχει δὲ τοῦτο δόγματα, ΔΕΣΠΟΤΑ, βασιλέων,
Ἀντιγραφάς τε νομικὰς, καὶ δικῶν ἀποφάσεις.
Τόδε καλοῦσι ΔΙΓΕΣΤΑ, Ρωμαϊκὴ δ' ἡ κλῆσις.
Ὑπάρχει δὲ τό ΔΙΓΕΣΤΑ ἑλληνικῶς ΠΑΝΔΕΚΤΗΣ,
Ὅτι καὶ νόμων πέφυκε παντοδαπῶν δοχεῖον :
Καὶ πλεῖσται συνεγράψαντο τοὺς νόμους τοῦ πανδέκτου.
. . . .

« Voici les parties de la loi : D'abord la partie appelée Code en douze livres. On appelle constitutions des ordonnances, rescrits, sentences des Empereurs. Vient ensuite le Digeste, en grec Pandectes, réceptacle de toutes sortes de lois qu'écrivirent de nombreux auteurs. Après, il y a les Novelles. Puis l'abrégé de Léon qui résume en soixante livres toutes les lois, Code, Digeste, Novelles, en disposant les diverses règles parentes et concordantes sous un même titre. Seulement, l'ouvrage de Léon est obscur et d'une interprétation difficile. Enfin, il y a une autre partie qui est comme l'œil du droit et qui sert d'introduction aux autres : ce sont les Institutes... ». Ou ces lignes ne signifient rien, ou elles expriment justement la thèse soutenue par le rédacteur de la *Meditatio* : le droit de Justinien est en vigueur à côté des Basiliques. Celles-ci sont obscures, mais leur obscurité se dissipe quand on interprète les textes qu'elles contiennent à l'aide des compilations de Justinien.

L'objection serait décisive, mais à trois conditions :

1° Il faudrait avoir la conviction que Psellus, le ministre caméléon que l'on sait, était incapable d'abandonner dans une affaire particulière ses opinions scientifiques pour des opinions momentanées et rémunératrices. Cette conviction, personne ne l'a. Ce n'est pas, sans doute, sans intention que notre auteur se défend d'écrire sous l'impulsion d'un motif peu honorable. En même temps

Πρὸς τούτοις μέρος πέφυκεν αἱ Νεαραὶ Συντάξεις.
Εἶτα συνοπτικώτερον τοῦ Λέοντος βιβλίον,
Τὸ πᾶν ἑξηκοντάβιβλον πάντας τοὺς νόμους ἔχον,
Τοὺς κώδικας, τὰ Διγέστα, τὰς Νεαρὰς συντόμως,
Τὰ σύμφυλα, τὰ σύμπνοα τῶν διαφόρων νόμων
Διακρινοῦν ὑποτιτλοῦν οἰκείως καὶ γνησίως,
Ἀλλ' ἔστι δυσερμήνευτον, ἀλλ' ἀσαφὲς ἐσχάτως.
Ἔστι καὶ μέρος ἕτερον οἷον ὀψὶς τῶν νόμων
Ὡς εἰσαγωγικώτερον τῶν ἄλλων δεδειγμένη,
. . . .
Τῷ δὲ βιβλίῳ τούτῳ δὴ ἡ κλῆσις Ἰνστιτοῦτα.

qu'il paraît se défendre contre des calomnies à son adresse, il semble faire une discrète allusion à la vénalité de son interlocuteur (1).

2° Il faudrait soutenir que la *Synopsis legum* est contemporaine de la *Meditatio*. Or, si l'on admet avec nous que la *Meditatio* a été rédigée au milieu du XI[e] siècle, un intervalle d'un quart de siècle — *grande mortalis aevi spatium* — la sépare, dans l'opinion générale (2), de la *Synopsis legum*. En vingt-cinq ans, même dans un esprit moins muable que celui de Psellus (3), les idées changent beaucoup, aussi bien les idées juridiques que les autres.

3° Enfin, il faudrait être assuré que Psellus est bien l'auteur de la *Synopsis legum*, et, s'il en est l'auteur, qu'il a voulu, dans cet ouvrage, faire connaître ses opinions juridiques. Mais d'abord la *Synopsis* est si misérable (4), qu'on éprouve de grandes difficultés à y voir l'œuvre de ce grand esprit (5). Otez l'attribution à Psellus et l'objection

(1) Pr. pr. : δι' ἔριν τινὰ καὶ δυσμένειαν ἢ καὶ φιλοτιμίαν, ἢ καὶ ἄλλην αἰτίαν οὐκ εὐπρεπῆ....

(2) On admet, en effet, communément que la *Synopsis* a été rédigée en 1070. V. Schoell, *op. cit.*, p. 293; Pohl, dans son édition de la *Notitia* de Suarez, p. 207; Heimbach, *De Basilicorum origine*, p. 127. Dans les Prolégomènes des Basiliques, Heimbach se borne à écrire qu'elle est faite *seculo undecimo exeunte*. Fischer cependant, *Studien*, p. 55, place la date de rédaction un peu avant 1040.

(3) On notera que, dans la *Synopsis legum*, v. 432 sq., sont seules considérées comme encore applicables les Novelles de Justinien reçues aux Basiliques. Psellus resterait donc, pour les Novelles, fidèle à l'opinion que, selon nous, il avait défendue dans la *Meditatio*.

(4) V. Zachariae von Lingenthal, dans les *Kritische Jahrbücher f. d. Rechtswissenschaft*, de Richter et Schneider, XI, p. 626. — Dans l'Encyclopédie de Ersch et Grüber, LXXXVI, p. 434, Heimbach l'aîné juge ainsi la *Synopsis* : Ein kindisches, zusammengeflicktes und unvollständiges Buchelein. De son côté, Antoine Augustin écrivait (Emendationum lib. IV, ch. III, *in fine*. V. Trésor d'Otto, IV, p. 1531) : *In Laurentiana Bibliotheca Florentinorum nobilissima aliquot Graecorum jurisconsultorum epitomes vidimus, in quibus Michaelis quoque Pselli versibus Synopsis legum scriptus est. Qui liber non est quod tantopere desideretur quanto ceteri....*

(5) Heimbach, *op. cit.*, p. 434, paraît au moins dans le doute quand il

disparaît toute. Que si pourtant, comme nous l'avons fait plus haut (1), on suit l'opinion commune (2), il n'est ni nécessaire, ni même légitime de voir dans la *Synopsis* le sommaire des idées personnelles de Psellus sur les principales matières du droit (3). Le but poursuivi était simplement d'inculquer à un médiocre élève quelques notions juridiques, les plus communes, les plus répandues. Pour atteindre ce but, Psellus s'est bien gardé de procéder comme fera Bossuet instruisant le grand Dauphin : il n'a pas écrit de beaux traités restés lettre close pour son élève, il s'est contenté d'emprunter à quelques manuels et opuscules des formules toutes faites qu'il a tournées en vers ïambiques (*versus memoriales*) pour qu'elles fussent plus faciles à retenir. Dans ces manuels il trouva la vieille thèse de l'égale valeur législative des Basiliques et des recueils de Justinien, et, comme cette thèse était, après tout, soutenable et probablement encore la plus soutenue, il pensa que c'était la seule à faire entrer dans la tête étroite de Michel Ducas.

⁂

C'est sur ces conclusions et ces conjectures que s'achève notre longue étude. Arrivé au terme d'un travail qui a surtout le mérite de venir le premier, nous nous souvenons des vers que les moines grecs avaient accoutumé d'écrire à la fin des manuscrits (4). Ces vers traduisent avec ingénuité les sentiments de soulagement,

écrit : Dieses Werkchen ist *angeblich* von dem berühmten ὕπατος τῶν φιλοσόφων Michel Psellus... verfasst.

(1) V. *Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 647.

(2) Cf. Mortreuil, *op. cit.*, III, p. 210; Villanueva, *Diritto byzantino*, 1906, p. 114; Fischer, *Studien*, p. 55, qui invoque, outre les motifs ordinairement donnés, un passage de l'histoire de Psellus, p. 261.

(3) V. Mortreuil, *Ibid.*, III, p. 473 *in fine*.

(4) Voir notamment Dmitriewski, *op. cit.*, I, p. 655.

sinon de satisfaction, que ressent naturellement l'ouvrier quand sa besogne est faite. On a pensé qu'ils trouvaient ici leur place :

Ἡδὺς ὁ λιμὴν τοῖς πλέουσι τυγχάνει
Καὶ τοῖς γραφεῦσι τέρμα τῆς βίβλου πάλιν·
Ἄμφω γὰρ ἀνάπαυλαν εἰσφέρει πόνων.

H. Monnier, et G. Platon,
Doyen Bibliothécaire
de la Faculté de droit de Bordeaux.